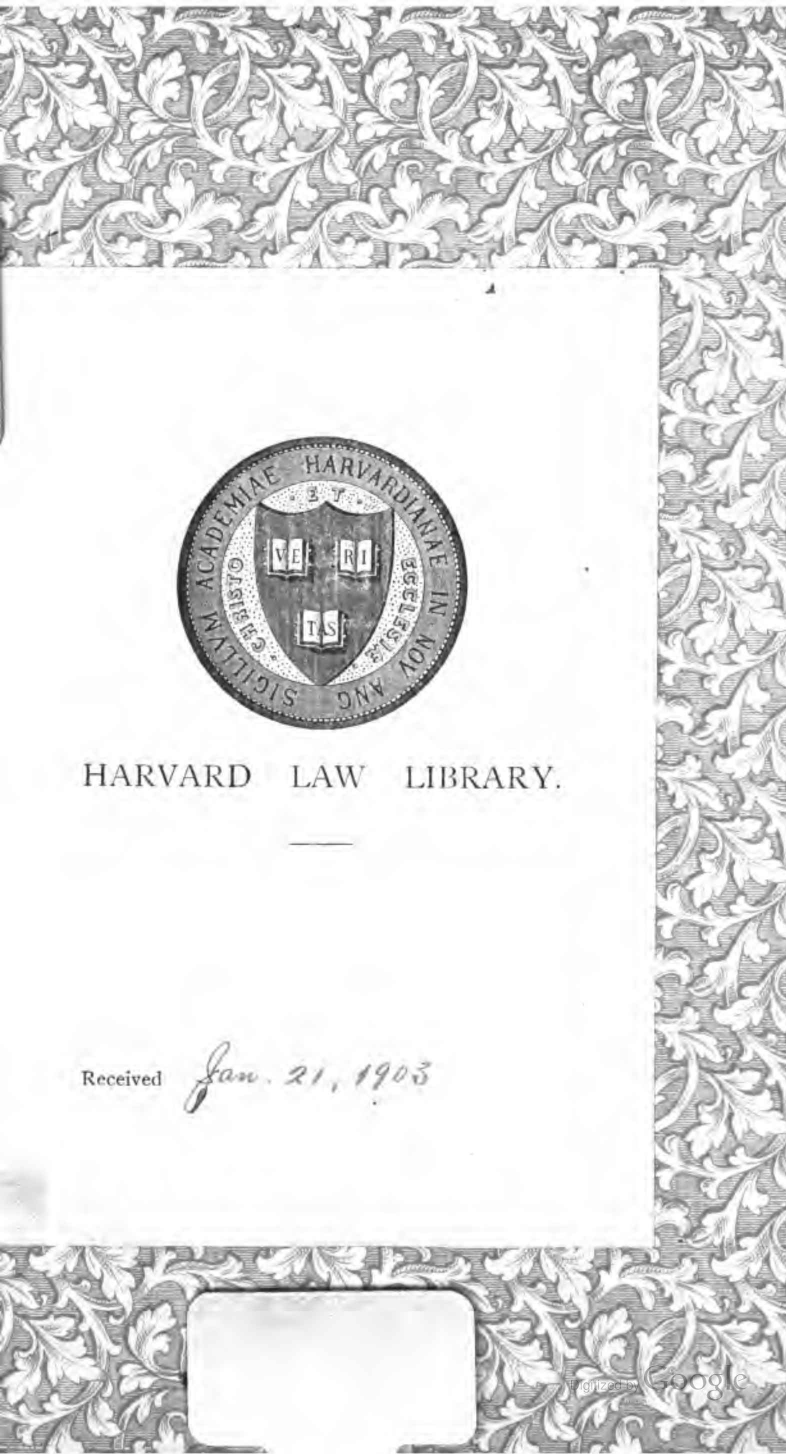
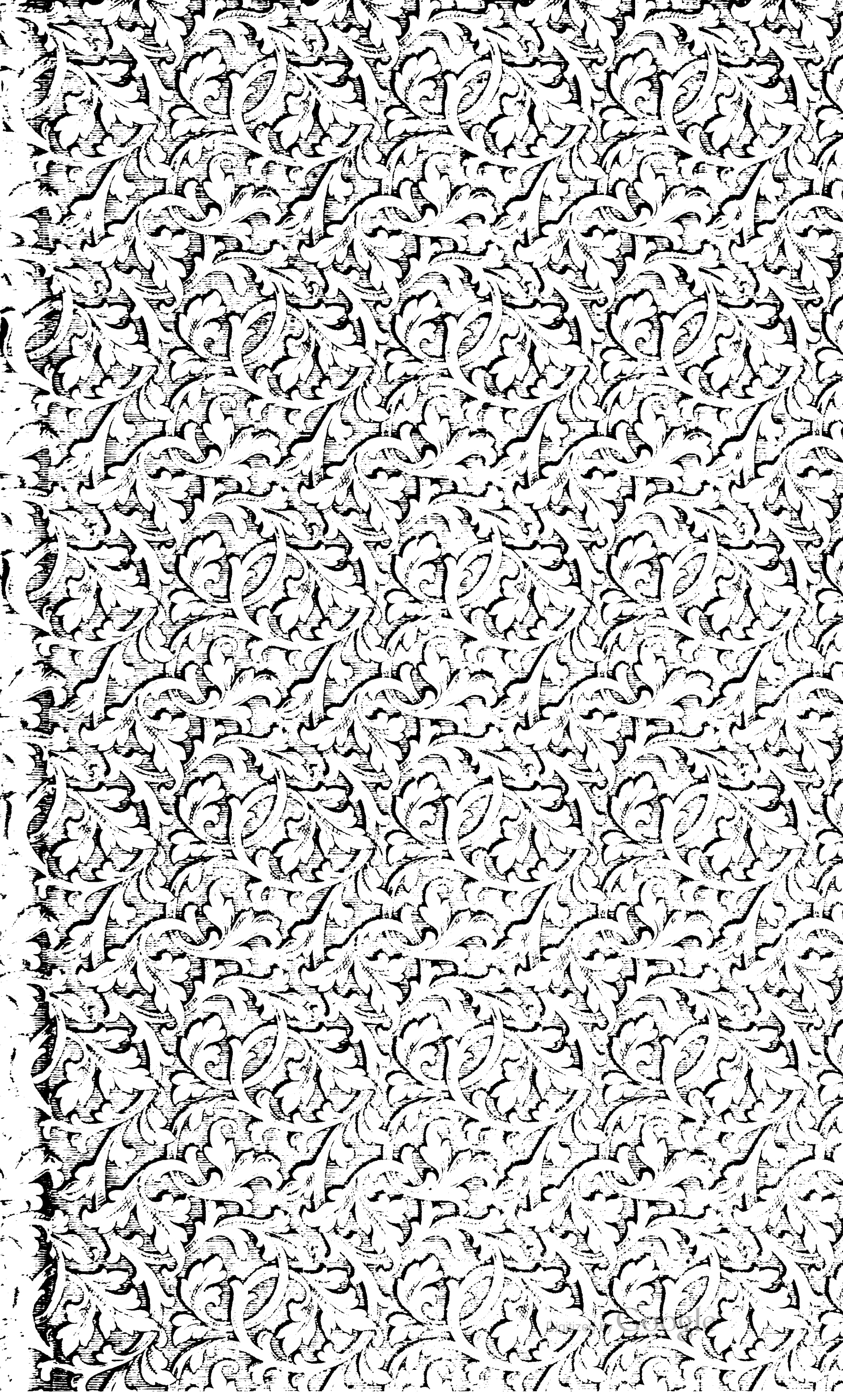

HL OYNY H


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
ET
CHRISTO ECCLESIAE
VE RI TAS



Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinz.

Herausgegeben

von Mitgliedern des Oberlandesgerichts zu Köln.

Siebenundsiebenzigster Band.

Köln am Rhein,

Druck und Verlag von Peter Schmitz.

1887.

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinz.

Herausgegeben

von Mitgliedern des Oberlandesgerichts zu Köln.

Neue Folge.

Siebenzigster Band.

Köln am Rhein,

Druck und Verlag von Peter Schmitz.

1887.

Inhalt.

Erste Abtheilung.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts zu Köln, betreffend das Civilrecht.

Zweite Abtheilung.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts zu Köln, betreffend Civilprozeß, Strafrecht und Strafprozeß.

Seite

Civilprozeß.

Seite

Strafrecht.

Strafprozeß.

Dritte Abtheilung.

Entscheidungen des Reichsgerichts, des Kammergerichts, des Gerichtshofes zur Entscheidung der Competenz-Konflikte und des Oberverwaltungsgerichts in Competenz-Konfliktsfällen.

Vierte Abtheilung.

Juristische Abhandlungen.

Dr. Heinrich Heimsoeth.



Erste Abtheilung.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts zu Köln, betreffend das Civilrecht.

Bischöfliches Seminar zu Trier. — Juristische Persönlichkeit. — Eigenthumsverhältnisse der Güter des Seminars. — Arrêté vom 20. Prairial X, Dekret vom 9. Ventôse XIII.

Die im Besitze des bischöflichen Priester-Seminars zu Trier befindlichen Güter bildeten vor der Fremdherrschaft nicht Staatseigenthum des Kurfürsten von Trier, waren vielmehr bereits damals Eigenthum des Seminars.

Die Confiskation dieser Güter erfolgte nicht schon mit der Incorporation der vier linksrheinischen Departements, sondern erst durch das Arrêté vom 20. Prairial X und traf überhaupt nicht das Seminargebäude.

Die durch das vorbezogene Prairial-Arrêté dem Nationaleigenthum des französischen Staates einverleibten Immobilien sind dem Seminar durch das Dekret vom 9. Ventôse XIII zu **Eigenthum** zurückübertragen worden.

Königl. Preußischer Fiskus (Königl. Regierung zu Trier) — Bischöfliches Priester-Seminar zu Trier.

Auf Grund des § 13 des Gesetzes vom 11. Mai 1873 wurde in Folge Verfügung des Kultusministeriums durch den Königl. Regierungs-Präsidenten zu Trier im Februar 1874 das sämmtliche im Besitze des Bischöflichen Priester-Seminars zu Trier befindliche Immobilarvermögen, bestehend aus dem zu Trier in der Weberbachstraße gelegenen Seminargebäude, sodann aus verschiedenen Land- und Weingütern und einer Lohheckenbesitzung, mit Beschlag belegt. Das Ministerium ging bei der fraglichen Verfügung von der Annahme aus, daß die in Rede stehenden Immobilien, welche in Folge des Dekrets vom 9. Ventôse XIII und des Beschlusses vom 20. Germinal XIII in den Besitz des Seminars gekommen seien, Eigenthum des Fiskus bildeten und der Seminarverwaltung nur Nutznießung

an denselben zustehe, sonach deren Einkünfte als Staatsmittel im Sinne des bezogenen § 13 des Gesetzes vom 11. Mai 1873 der Einbehaltung nach Maßgabe dieses Gesetzes unterlägen.

Das Priester-Seminar behauptet, die fraglichen Güter seien bereits vor Einführung der französischen Gesetzgebung Eigenthum des Seminars gewesen; durch diese Gesetzgebung, insbesondere durch das Arrêté vom 20. Prairial X sei eine Confiskation desselben und folgeweise ein Uebergang des Eigenthums auf den Fiskus nicht bewirkt worden, eventuell seien die Güter jedenfalls in Folge des kaiserlichen Dekrets vom 9. Ventôse XIII durch den Präfekturbeschluß vom 20. Germinal XIII dem Seminar zu Eigenthum zurückübertragen worden; äußersten Falles habe dasselbe dieses Eigenthum durch mehr als dreißigjährigen Besitz vor der Beschlagnahme ersessen.

Dementsprechend erhob das Priester-Seminar unter'm 17. Dezember 1874 gegen den Fiskus Klage mit dem Antrage, zu erkennen, daß dem Fiskus an den beschlagnahmten Immobilien und überhaupt an den zum Vermögen des Seminars gehörigen Objekten irgend ein Anspruch nicht zustehe, die klägerische Anstalt vielmehr rechtlich Eigenthümerin dieses ganzen Vermögens sei.

Das Kgl. Landgericht zu Trier erkannte durch Urtheil vom 7. April 1885 dem Klageantrage gemäß. Aus den Gründen des Urtheiles ist Nachstehendes hervorzuheben:

Nachdem zunächst ausgeführt worden, daß die Beweislast hinsichtlich der Eigenthumsfrage trotz der durch die Beschlagnahme herbeigeführten Besitzveränderung den Fiskus treffe, heißt es weiter: J. E., daß daher vor Allem die Frage entsteht, ob und durch welchen Rechtstitel die französische Staatsregierung vor dem 9. Ventôse XIII das Eigenthum an den fraglichen Objekten erlangt hatte;

daß sodann bejahenden Falles an zweiter Stelle die Bedeutung des kaiserlichen Dekrets von diesem Tage zu prüfen ist, und daß endlich drittens, wenn dasselbe im Sinne des Beklagten zu interpretiren wäre, zu untersuchen bleibt, welchen Einfluß der mehr als dreißigjährige Besitzstand des klagenden Seminars auf die Entscheidung des Prozesses hat;

J. E., anlangend die erste Frage, daß, wie nicht streitig ist, die fragl. Immöbel bis in die siebenziger Jahre des vorigen Jahrhunderts dem seit 1560 in Trier ansässigen Jesuitenorden

eigenthümlich gehörten und, nachdem dieser Orden durch das Breve des Papstes Clemens XIV. vom 21. Juli 1773 „Dominicus ac Redemptor noster“ aufgehoben worden war, dem Landesherrn, in specie dem Kurfürst-Erzbischof von Trier, zur freien Disposition anheim fielen;

daß der damals regierende letzte Trierer Kurfürst Clemens Wenzeslaus durch Verordnung vom 11. März 1779 bestimmte, daß das von ihm errichtete seminarium clericorum und die Gebäulichkeiten, Güter etc. der Jesuiten „in eines vereinbahret „werde; diesem zufolge haben wir uns gnädigst entschlossen, und „ist unsere ohnveränderliche Willens-Meynung, sothane Vereinbah-„rung zu genehmigen und derselben Bewerkstelligung vorgehen „zu lassen, gleich wie wir dieselbe Kraft dieses vornehmen und „bewerkstellen, also zwar, daß die fundi und Einkünften beyder „dieser Häusern, wyrkliche und etwa zukünftige, wessen Orts, „Namens und Orts sie immer herrühren oder seyn mögen, „zusammen gezogen und nur eine Massam ausmachen, aus „welcher sowohl die zur erspießlichen Fortführung der in „unserer Trierischen Universität angeführten Doction, als auch „zur Direction des neu errichteten seminarii clericorum nöthige „Köſten bestritten werden sollen“;

daß der Wortlaut dieser Verordnung einen Zweifel an der Intention des Landesherrn nicht gestattet und klar erkennen läßt, daß jene Güter nicht etwa ein Staats-Eigenthum des Kurfürstenthums Trier werden, sondern mit der juristischen Persönlichkeit des Seminars verbunden sein sollten, um dessen Zwecken als Dotation zu dienen und demselben eigenthümlich zu gehören;

daß auch die Zeitgenossen in diesem Sinne die kurfürstliche Verordnung aufgefaßt haben. Vgl. die Gesta Trevir. T. III p. 292, 293, 294: „Kirche, Bibliothek, Wohn- und Schul-„gebäude und sonstige Güter werden bei uns nicht zum Vortheil „der Hofkammer veräußert oder verpachtet, sondern bleiben, „ihrer ersten edleren Bestimmung entsprechend, ausschließlich zur „Ausstattung der Wissenschaften und Lehranstalten gewidmet;“

daß sogar unter der Fremdherrschaft selbst diese Qualität der fraglichen Güter an der kompetentesten Stelle nicht verkannt worden ist, indem der Cultusminister Portalis in seinem dem kaiserlichen Dekrete vom 9. Ventôse XIII vorhergegangenen Berichte vom 8. ejusd. einleitend sagt: „Monsieur l'évêque de

Trèves avait demandé à votre Majesté Impériale la restitution à son séminaire des biens et capitaux non aliénés, qui lui avaient appartenu autrefois;“

daß daher die den Gegenstand der Klage bildenden Immöbel bis zur Fremdherrschaft im Eigenthum des Seminars gestanden haben, und daß auch keine Rechtsgründe vorgetragen worden sind, woraus eine Aenderung dieses Zustandes vor dem Erlaß des Consularbeschlusses vom 20. Prairial X gefolgert werden könnte.

Es wird sodann weiter in dem landgerichtlichen Urtheile ausgeführt, daß zwar noch nicht durch die blose Incorporation der vier Departements des linken Rheinufers die Confiskation des kirchlichen Eigenthums erfolgt sei, daß aber durch das Arrêté vom 20. Prairial X das Kirchengut im Allgemeinen in das Eigenthum des Staates übergegangen sei mit Ausnahme jedoch der zu denselben gehörigen Gebäulichkeiten. In letzterer Hinsicht heißt es wörtlich weiter:

daß indessen der Beschluß vom 20. Prairial X, wenngleich er in seinem Art. 2 eine allgemeine Confiskation der dort genannten biens verfügt, in seinem Art. 11 eine Ausnahme statuirt zu Gunsten der daselbst bezeichneten Gebäulichkeiten, speziell auch der bâtiments servant aux séminaires, von denen verordnet wird: „sont laissés à la disposition des évêques“;

daß die Befugniß, über eine Sache zu disponiren, das jus disponendi, der oberste Grundsatz des Eigenthumrechtes und mit demselben identisch ist, (l. 156 pr. Dig. de reg. jur. 50. 17, l. un. Cod. ut nemo invitus 3. 7.), und daß dann auch diese Dispositions-Belassung des Art. 11 die Bedeutung einer Belassung des Seminars in seinem ihm bisher nie entzogenen Eigenthumsrechte an den qu. Gebäulichkeiten haben sollte;

daß dies nothwendig sich ergibt aus dem Gesetze selbst und zur unumstößlichen Gewißheit wird durch die Auslegung, welche die französischen Staatsbehörden dem Gesetze zu Theil werden ließen, und die Art und Weise, womit sie dasselbe zur Ausführung brachten;

daß es insbesondere in der auf Veranlassung des Präfekten des Saardepartements ertheilten gutachtlichen Aeußerung des damaligen Domainen-Direktors über das Gesuch des

Bischofs von Trier um Ueberantwortung der zum Seminar gehörigen Gebäulichkeiten und Güter heißt: observe, que ces dispositions (Art. 2 und 7 des Prairial-Arrêté) sont trop précises, pour qu'on puisse se permettre d'enlèver à la nation la propriété et la jouissance des biens du ci-devant séminaire de Trèves. . . . Jl est à observer néanmoins, que l'art. 11 de l'arrêté du 20. Prairial an X à excepté de ce séquestre les bâtiments servant aux séminaires;

daß sodann der Präfekt in seinem am 24. Prairial XI an die commission administrative des fonds de l'instruction publique (den späteren Gymnasial-Verwaltungsrath) gerichteten Schreiben dem Gutachten des Domainen-Direktors völlig beitritt und im folgenden Jahre XII durch Beschluß vom 23. Frimaire, ebenfalls ausdrücklich gestützt auf den Art. 11 des Arrêté vom 20. Prairial X dem Bischofe Mannay den unbedingten rückhaltlosen Besitz der in demselben Beschlusse spezifizirten Gebäulichkeiten einräumt;

J. E., daß mithin das klagende Seminar unter der Fremdherrschaft zwar eine Zeitlang gewaltsam außer Besitz und Genuß der sub 1 des Klageantrages bezeichneten Gebäulichkeiten gesetzt gewesen ist, dagegen sein Eigenthumsrecht an denselben niemals verloren hat, während umgekehrt die vier übrigen Klageobjekte durch das Confiskationsgesetz vom 20. Prairial X ein National-Eigenthum des damaligen Frankreichs geworden waren.

Es wird sodann weiter ausgeführt, daß die letzteren nutztragenden Immobilarvermögensstücke durch das Dekret vom 9. Ventôse XIII, welches in dem betreffenden Passus lautet: „tous les biens et capitaux non aliénés, provenant ci-devant du séminaire de Trèves, quelle que soit leur origine, sont affectés à l'entretien du nouveau séminaire de Trèves etc." dem Seminar zu Eigenthum zurückerstattet worden sind. In dieser Hinsicht nimmt das Landgericht Bezug insbesondere auf die Ausführungsverfügung des damaligen Cultusministers Portalis vom 12. desselben Monats, sowie auf die Stellung, welche zunächst die französischen Behörden und sodann auch die preußische Staatsregierung zu den rechtlichen Verhältnissen dieser Güter genommen haben, und aus denen nachgewiesen wird, daß dieselben die fraglichen Besitzungen konsequent als Eigenthum des Seminars betrachtet haben, sodann auch

auf die Bedeutung der Worte „affecter à l'entretien“, insbesondere mit Rücksicht auf die Eigenthümlichkeit der rechtlichen Persönlichkeiten derartiger Institute, wonach mit diesen Worten der Zweck der Anstalt als Eigenthümer bezeichnet werde, weiterhin auf die Undefinirbarkeit des etwa vom Fiskus retinirten Eigenthums ohne jegliche Rechte und schließlich auf die der gesammten Restitutionsgesetzgebung zu Grunde liegende kirchenpolitische Richtung, welche gleichfalls für die Uebertragung der Kirchengüter zu Eigenthum spreche. Zum Schlusse führt das Landgericht aus, daß äußerst eventuell auch der Erwerb des Eigenthums seitens des Seminars durch Ersitzung eingetreten sein würde.

Die gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung hat das Oberlandesgericht verworfen aus folgenden

Gründen:

J. E., daß den zutreffenden Erwägungen des angegriffenen Urtheiles in Betreff der dem Appellanten obliegenden Beweislast lediglich beigepflichtet werden muß;

Daß auch diejenigen Ausführungen des ersten Richters, durch welche derselbe nachgewiesen, daß die den Gegenstand der Klage bildenden Grundstücke trotz der im Jahre 1794 erfolgten Occupation der linksrheinischen Territorien durch die Franzosen bis zum Erlaß des Konsularbeschlusses vom 20. Prairial X im Eigenthum des von dem Kurfürsten Clemens Wenzeslaus im Jahre 1779 gegründeten Diöcesan-Seminars verblieben waren, von dem Appellanten nicht widerlegt worden sind;

Daß namentlich, wie sich aus den Urkunden pag. 25 — 36 der von beiden Parteien in der mündlichen Verhandlung bezogenen Regnier'schen Urkundensammlung ergibt, das gedachte Seminar ungeachtet der am 5. Messidor IV erfolgten, jedoch schon am 7. Prairial V durch Verfügung des Regierungscomissars Belling wieder aufgehobenen Sequestration auch nach der französischen Invasion unter seinem bisherigen Vorstande im Genusse seiner Einkünfte und mit seiner früheren Verwaltung fortbestanden, auch, nachdem die Incorporation der vier linksrheinischen Departements durch das Gesetz vom 18. Ventôse IX vollzogen worden, weder hinsichtlich seiner Rechtspersönlichkeit als kirchliche Anstalt, noch in Betreff seines

Vermögensstandes eine Aenderung erfahren hatte, überhaupt bis zu dem erwähnten Consularbeschlusse durch die kirchenpolitische Gesetzgebung Frankreichs unberührt geblieben war;

Daß die hiergegen von dem Appellanten geltend gemachte, auch in den Ausführungen in Hermens Handbuch Band IV Seite 2 Note a, Seite 20, 21, 22 und 23 vertretene Auffassung, wonach die in Frankreich bis zum Sturze des Konvents erlassenen, auf die Confiskation des gesammten Eigenthums der kirchlichen Anstalten bezüglichen Gesetze in Folge der durch Gesetz vom 18. Ventôse IX vollzogenen Einverleibung auch in den vier linksrheinischen Departements ohne formelle Publikation als sogenanntes inneres Staatsrecht Geltung erlangt und demgemäß die Aufhebung des Trierer Diöcesan-Seminars als einer kirchlichen Anstalt, sowie die Konfiskation seines Vermögens kraft Gesetzes bewirkt hätten, in der von dem Appellaten historisch erörterten und urkundlich nachgewiesenen Thatsache ihre Widerlegung findet, daß (vergl. unter Anderem Daniels Handbuch, Band VI S. 24, 25, 33, 34, 301, 305, 361, 369, 393, 409, 414, 633, u. s. w.) die nach dem Sturze des Convents in's Leben getretene Direktorialregierung von einer generellen Einführung der in Frankreich selbst inzwischen wesentlich modifizirten kirchenpolitischen Gesetzgebung in die eroberten Landestheile, sowie von einer allgemeinen Confiskation des den dortigen kirchlichen Instituten gehörigen Vermögens abgesehen, vielmehr lediglich den nach einander mit der Verwaltung dieser Länder betrauten Behörden, nämlich den die französischen Heere begleitenden Volksrepräsentanten, den Regierungscommissaren und schließlich der seit 1798 eingesetzten Rudler'schen Centralverwaltung die Anordnung einzelner Sequestrationen über die Güter kirchlicher Anstalten behufs Conservation überlassen hat;

Daß übrigens selbst unter der Voraussetzung, daß die kirchenpolitischen Gesetze Alt-Frankreichs in den neuerworbenen Landestheilen gleichzeitig mit deren Incorporation in Geltung getreten wären, die Annahme, daß auch in den vier linksrheinischen Departements seit dem Gesetze vom 18. Ventôse IX eine allgemeine Umwandlung der Kirchengüter in Staatsgut eingetreten sei, schon um deswillen ausgeschlossen erscheinen müßte, weil die zur Zeit des Gesetzes vom 18. Ventôse IX in Frankreich geltende Verfassung vom 22. Frimaire VIII

das Grundgesetz des Dekrets vom 2. — 4. November 1789, wonach alle Kirchengüter für Nationaleigenthum erklärt wurden, nicht aufgenommen, vielmehr nur die Rechtsbeständigkeit aller bis dahin erfolgten Veräußerungen säkularisirter Kirchengüter sanktionirt hatte, und von einer ex tunc rückwirkenden Geltung der früher für Frankreich erlassenen, auch dort aber wesentlich abgeänderten Gesetze in den incorporirten Territorien jedenfalls keine Rede sein könnte;

Daß demgemäß, wie auch der erste Richter ausgeführt, das am 26. Messidor IX zwischen der französischen Regierung und dem Papste zu Stande gekommene und sammt dem sich anschließenden Gesetze vom 18. Germinal X in den damals bereits incorporirten vier linksrheinischen Departements publizirte Concordat in diesen diejenigen Voraussetzungen, welche zu seinem Abschlusse geführt hatten, gar nicht vorfand;

Daß vielmehr erst der Consularbeschluß vom 20. Prairial X (welcher keineswegs, wie Appellant aufstellt, blos formell für ganz Frankreich eine einheitliche Grundlage schaffen sollte) gerade zu dem Zwecke erlassen wurde, um den in den alten französischen Ländern bestehenden Rechtszustand auf die linksrheinischen Departements, jedoch unter Berücksichtigung der durch das Gesetz vom 18. Germinal X wiederhergestellten kirchlichen Organisation, auszudehnen;

Daß der erste Richter auch den Sinn und die Bedeutung der Art. 1, 2 und 11 des Consularbeschlusses vom 20. Prairial X durchweg sachgemäß erörtert und insbesondere zutreffend ausgeführt hat, daß, während alle rentbaren Vermögensstücke der im Art. 1 erwähnten kirchlichen Institute, namentlich auch diejenigen der neu zu errichtenden und der aufrecht erhaltenen Seminarien (vergl. Art. 3) im Art. 2 des Beschlusses für Staatsgut erklärt und den in Art. 3—7 eodem näher getroffenen Bestimmungen gemäß der Regie der Domainenverwaltung überwiesen wurden, im Art. 11 des Beschlusses unter Anderem „les bâtiments, servant aux séminaires", weil nicht als nutzbares Vermögen zu den im Art. 2 bezeichneten eigentlichen „biens" gehörig, von der Confiskation und Ueberweisung an die Domainenverwaltung ausgenommen und der Disposition der Bischöfe überlassen, d. h. Eigenthum der Seminarien *bleiben* sollten;

Daß, wenn der Appellant gegen die Auffassung des ersten

Richters, wonach durch die Worte: „les bâtiments, servant aux séminaires, sont laissés à la disposition des évêques" eine Ueberlassung respektive Belassung zum Eigenthum ausgedrückt und auf Grund dieser Bestimmung Appellat im Eigenthum des ihm auch bis dahin schon zugehörigen Seminargebäudes verblieben sei, den Einwand erhebt, daß zur Zeit des Beschlusses vom 20. Prairial X ein selbständiges Seminar gar nicht bestanden habe, dasselbe vielmehr nur als eine Dependenz des bischöflichen Stuhles angesehen worden sei, daß mithin nur eine Ueberweisung des Seminargebäudes an letzteren habe stattfinden können, daß aber der unklare Ausdruck: „laisser à la disposition" jedenfalls die Annahme einer Ueberweisung zum Eigenthum ausschließe, zunächst vor Allem darauf hingewiesen werden muß, daß das Seminar in Trier, wie ausgeführt, ein gemäß Art. 1 des mehrerwähnten Consularbeschlusses der Suppression entgangenes, hinsichtlich seiner Rechtspersönlichkeit und Vermögensfähigkeit durch die französische Gesetzgebung unberührt gebliebenes Institut bildete, daß dasselbe ferner nach Neuerrichtung des Bisthums Trier auf Grund der Bulle „novae circumscriptionis" nicht erst auf's Neue gegründet, vielmehr nur gemäß Art. 23 des Gesetzes vom 18. Germinal X von dem Bischofe wieder organisirt wurde, daß endlich aber gerade der Bischof als Repräsentant des Seminars zur Wahrung seiner Vermögensrechte ausschließlich berufen erschien;

Daß, wenn auch eine Ueberlassung zum Eigenthum, wie dies in mehreren anderen Dekreten jener Periode geschehen, in prägnanteren Worten hätte zum Ausdruck gebracht werden können, doch die Worte „laisser à la disposition" sich in den linksrheinischen Departements gerade mit Rücksicht darauf rechtfertigten, daß, wie erörtert, in diesen bis heran eine Aenderung der Rechts- und Besitzverhältnisse nicht eingetreten, das Eigenthum an den im Art. 11 bezeichneten Gebäuden vielmehr den dort erwähnten kirchlichen Instituten und darunter auch dem Appellaten stets verblieben war;

Daß vielmehr, wofern eine Aenderung des bisherigen Rechtszustandes, nämlich ein Uebertrag des Eigenthums der Gebäude auf den Staat unter Belassung ausgedehnter Nutzungsrechte an die Seminarien u. s. w. hätte ausgesprochen werden sollen, es hierzu jedenfalls einer ganz bestimmten, diese rechtliche Umgestaltung deutlich kennzeichnenden Ausdrucksweise bedurft hätte;

Daß endlich der von dem Appellanten aus dem Wortlaute des Art. 20 des Consularbeschlusses vom 20. Prairial X entnommene Einwand, wonach die einzige wirkliche Ausnahme von der allgemeinen Confiskation der geistlichen Güter eben nur in dem erwähnten Art. 20 enthalten sei, sich durch die Erwägung widerlegt, daß, wenn auf die in diesem Artikel erwähnten Unterrichts- und Krankenpflegeanstalten die sämmtlichen Bestimmungen der vorangehenden Artikel grundsätzlich keine Anwendung finden sollten, hieraus doch kein Grund für die Annahme hergeleitet werden kann, daß alle Güter der nicht supprimirten kirchlichen Anstalten einschließlich der Gebäude in ausnahmslos gleicher Weise der Confiskation hätten unterliegen sollen;

J. E., daß, wenn hiernach der Nachweis des Eigenthums des Appellaten bezüglich des Seminargebäudes erbracht und die Klage — insoweit sie sich auf letzteres bezieht — begründet erscheint, von einer eingehenden Widerlegung der seitens des Appellanten dem Urtheile a quo gegenüber festgehaltenen Ansicht, daß auch die rentbaren Vermögensstücke der aufrecht erhaltenen Seminarien, also auch die übrigen in der Klage beanspruchten Grundstücke durch den Art. 2 des Consularbeschlusses vom 20. Prairial X nicht für Staatseigenthum erklärt, sondern nur der Sequestration unterworfen worden seien, schon um deswillen abgesehen werden kann, weil auch hinsichtlich dieser Vermögensobjekte das Eigenthumsrecht des Appellaten und zwar auf Grund des Consulardekrets vom 9. Ventôse XIII keinem Bedenken unterliegt;

Daß sämmtliche Angriffe, welche Appellant gegen die zutreffenden auf diese Frage bezüglichen Ausführungen des ersten Richters erhebt, und welche im Wesentlichen darauf hinauslaufen, daß schon mit Rücksicht auf den den Worten „sont affectés“ hinzugefügten Zusatz „à l'entretien du nouveau séminaire“ nur eine Ueberweisung der betreffenden Grundstücke zum Gebrauche, nicht zum Eigenthum habe beabsichtigt erscheinen können, bereits von dem ersten Richter auf das Vollständigste gewürdigt worden sind;

Daß aber insbesondere im Hinblick auf die von dem Appellaten nachgewiesene sprachliche Bedeutung des Wortes „affecter“ als eines die Ausstattung juristischer Personen mit bestimmten Vermögensstücken unter Angabe des Verwendungszweckes bezeichnenden Ausdrucks,

wofür auf die zahlreichen, in der Denkschrift des appellatischen Anwalts erster Instanz enthaltenen Beispiele zu verweisen ist, ein Zweifel an der Richtigkeit der Auffassung des ersten Richters nicht bestehen kann;

Daß sich endlich aber auch mit Rücksicht auf den Zweck, welchen das Dekret vom 9. Ventôse XIII verfolgte, und welcher in gleicher Weise den zahlreichen übrigen in jener Periode zu Gunsten kirchlicher Anstalten erlassenen Restitutionsdekrete zu Grunde lag, nämlich eine sichere Fundirung dieser Anstalten und feste Rechtsverhältnisse zwischen denselben und dem Staate herbeizuführen, im Einklang mit den in dem Urtheile des Reichsgerichts vom 7. Januar 1880 bezüglich der Pfarrdotalgüter auf dem linken Rheinufer enthaltenen Ausführungen die Auffassung rechtfertigt, daß alle diese gesetzgeberischen Akte, da sie einem und demselben gesetzgeberischen Willen ihre Entstehung verdankten, auch — bei sonst gleichen Voraussetzungen — den nämlichen Rechtszustand schaffen, d. h. den kirchlichen Instituten ihre früheren Güter zu Eigenthum restituiren wollten;

J. E., daß nach allem diesem es einer Erörterung der Frage nicht bedarf, ob, wie der erste Richter angenommen, selbst wenn die Ueberlassung der den Gegenstand der Klage bildenden Immobilien an den Appellaten nur unter Vorbehalt des Eigenthums des Appellanten stattgefunden hätte, mit Ablauf des Jahres 1834 die Möglichkeit einer Acquisitivverjährung zu Gunsten des Appellaten eingetreten und diese auch mit Rücksicht auf den von ihm länger, als 30 Jahre vor der Klage fortgesetzten, mit allen Criterien des Art. 2229 B. G.-B. versehenen Eigenthumsbesitz vollendet worden wäre;

Daß vielmehr die Berufung des Appellanten und zwar unter Verurtheilung desselben in die Kosten dieser Instanz als unbegründet zu verwerfen ist.

III. Senat. Sitzung vom 7. April 1886.

Rechtsanwälte: Gorius — Schilling.

Erbschaftsverzicht. — Einseitige Erklärung. — Gültigkeit.

Die einseitige schriftliche Erklärung eines Erben, daß er zu Gunsten eines Miterben auf seinen Erb-

antheil verzichte, ist nicht rechtswirksam, insbesondere nicht geeignet, eine Uebertragung des Erbantheiles zu bewirken.

Staller — Bremer.

In einer Theilungsklage, welche der Kohlenhändler Wilhelm Staller zu Barmen gegen den Fabrikarbeiter Karl Friedrich Bremer und Genossen zum Landgerichte zu Elberfeld erhoben hatte, produzirte der Kläger in der Berufungsinstanz einen Erbschaftsverzicht mit folgendem Wortlaute:

Wir endesunterzeichnete Geschwister, Schwager und Enkel des hierselbst verstorbenen Schreinermeisters Gustav Bremer verzichten zu Gunsten dessen Wittwe, jetzt Ehefrau Wilhelm Staller geb. Julie Hackenberg, auf den ganzen Nachlaß unseres Verwandten Gustav Bremer, bestehend in Mobilien, Hypotheken, wie baarem Gelde, bemerken noch, daß wir die Wittwe Gustav Bremer, jetzt Ehefrau Wilhelm Staller, zu Eigenthümerin des Nachlasses unseres Verwandten G. Bremer erkennen.

Barmen 15. Mai 1881.

(gez.) Friedrich Bremer. Wilhelmine Bremer.
Gerhard Bremer. Maria Bremer.

Die Parteien stritten über die rechtliche Wirksamkeit dieses Verzichtes. Das Oberlandesgericht erklärte denselben für unwirksam aus folgenden Gründen:

Was sodann den behaupteten Verzicht des Paul Gerhard, der Maria und des Fritz Bremer auf den Nachlaß des Gustav Bremer zu Gunsten der Julie Hackenberg betrifft, so kann die Entsagung einer Erbschaft entweder in der durch Art. 784 Code civil vorgeschriebenen Weise erfolgen, in welchem Falle sie die Wirkung hat, daß sie, obgleich ein einseitiger Akt, allen Gläubigern, Legataren und Miterben gegenüber wirksam ist, oder sie kann durch Uebereinkommen zwischen den einzelnen Erben erfolgen. Der erstere Fall, welcher übrigens die Wirkungen der Art. 785, 786 des Code civil haben würde, liegt hier nicht vor, und kann insbesondere die unter Privatunterschrift abgegebene Erklärung die durch Art. 784 cit. vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht ersetzen.

Es kann sich daher nur fragen, ob der zweite Fall vorliegt. Ein Verzicht dieser Art zu Gunsten anderer Erben stellt aber augenscheinlich eine Disposition über den Erbantheil dar, involvirt also den Antritt der Erbschaft. Die Uebertragung der

angetretenen Erbschaft kann nur entweder durch einen onerosen zweiseitigen Vertrag, sei es Kauf, Tausch oder dergleichen, oder aber, wenn sie animo donandi geschieht, durch eine Schenkung bewirkt werden. Ein einfacher einseitiger Verzicht genügt offenbar zu dieser Uebertragung nicht. Im vorliegenden Falle ist nun die causa gar nicht ersichtlich; allein der vorliegende Schein genügt weder nach der einen, noch nach der anderen Richtung. Nimmt man nämlich an, daß eine Schenkung beabsichtigt gewesen, so fehlt die gesetzlich vorgeschriebene notarielle Beurkundung und Acceptation; nimmt man dagegen an, daß ein lästiger Vertrag beabsichtigt gewesen, so fehlt das Wesentliche eines solchen Vertrages, nämlich die Zweiseitigkeit, insbesondere die Gegenleistung und die Konstatirung der Einwilligung der verstorbenen Julie Hackenberg. Demnach kann dem Scheine vom 15. Mai 1881 eine Wirkung nicht beigemessen werden, und entbehrt daher der Antrag des Berufungsklägers, die dem Friedrich, der Maria und dem Gerhard Bremer an dem Nachlasse des Gustav Bremer zugesprochenen Quoten der Gütergemeinschaft Hackenberg-Staller zuzuweisen, der Begründung.

II. Senat. Sitzung vom 16. April 1886.

Rechtsanwälte: Compes — Bessel.

Dienstvertrag. — Konkurrenzverbot in demselben. — Gewerbefreiheit. — Beschränkung derselben. — Ungültigkeit.

Konkurrenzverbote in Dienstverträgen sind rechtsunwirksam, sofern die wirthschaftliche Erwerbsthätigkeit und Freiheit des einem solchen Verbote sich Unterziehenden durch dasselbe in einem als unzulässig zu erachtenden Umfange beschränkt wird.*)

Das Richteramt ist nicht befugt, eine Beschränkung derartiger Vertragsbestimmung auf ein zulässig erscheinendes Maß eintreten zu lassen.

Komareck — Bayer & Leibfried.

Der Kaufmann Richard Komareck zu Köln trat auf Grund eines Dienstvertrages vom 27. März 1884 bei der Firma

*) Vrgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 18 S. 107, Bd. 21 S. 262, Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 1 S. 22, Bd. 2 S. 119.

Bayer & Leibfried zu Eßlingen als Reisender ein und verpflichtete sich nach diesem Vertrage, ohne ausdrückliche schriftliche Zustimmung der genannten Firma während der Dauer von 10 Jahren nach seinem etwaigen Austritt, aus welchem Grunde derselbe auch erfolgt sein möchte, weder direkt, noch indirekt in irgend einer Weise mit der Fabrikation oder dem Verkaufe von Artikeln sich zu beschäftigen, welche bei jener Firma Gegenstand der Fabrikation oder des Verkaufes seien, bei einer Conventionalstrafe von 2000 Mark für jeden einzelnen Uebertretungsfall. Sodann wird in dem Vertrage weiter gesagt, daß sämmtliche Verpflichtungen für ganz Europa sowohl gegen die Herren Bayer und Leibfried persönlich, als auch gegenüber einem etwaigen Rechtsnachfolger gelten sollen. Die genannte Firma erhob unter der Behauptung, daß der aus ihrem Dienste ausgetretene Komareck dem Vertrage entgegen gehandelt habe, gegen denselben Klage, und erklärte das Oberlandesgericht unter Abänderung der gegentheiligen Entscheidung der zweiten Kammer für Handelssachen des Königl. Landgerichts zu Köln jene Vertragsbestimmung ihrem ganzen Umfange nach für rechtsungültig aus folgenden

Gründen:

Ist hiernach entsprechend der vorgängigen Ausführung die obige Vertragsbestimmung dahin auszulegen, daß sie auch den Fall der unbestritten erfolgten Entlassung des Beklagten umfassen sollte, so muß andererseits der Vertrag, wie er in seiner Gesammtheit vorliegt, für unzuläßig erachtet werden.

Auch der erste Richter bezeichnet die Verpflichtung des Beklagten, sich nicht mit der Fabrikation und dem Verkaufe von Artikeln zu beschäftigen, welche bei Bayer & Leibfried oder deren eventuellen Rechtsnachfolgern Gegenstand der Fabrikation, des Versuches oder des Handels waren oder sein werden, als eine zu weit gehende, deren Tragweite der Beklagte in keiner Weise übersehen konnte. Wenn obiger Schlußsatz auch wohl nur auf diejenigen Artikel zu beziehen ist, welche bis zum Austritte des Beklagten von Bayer & Leibfried bezw. deren Rechtsnachfolger zum Gegenstande der Fabrikation, des Versuches oder des Handels gemacht sein würden, so konnten auch bei dieser Vertragsauslegung so viele Geschäftszweige schon durch vorübergehende Versuche dem Beklagten

verschlossen werden, daß dessen wirthschaftliche Freiheit in unzuläßiger Weise gebunden erachtet werden muß, und zwar um so mehr, als seine Verpflichtung für ganz Europa gelten soll, also doch wohl für das ganze in Betracht kommende Feld seiner Thätigkeit.

Ist somit dem Landgerichte in seiner Annahme der Unzuläßigkeit des abgeschlossenen Vertrages, wie solcher in seiner Gesammtheit vorliegt, beizupflichten, so kann dagegen die von demselben verfügte Beschränkung der vom Beklagten in unzuläßiger Ausdehnung übernommenen Verpflichtungen auf ein zuläßig erscheinendes Maß, nämlich auf Rollläden und Rolljalousien, welche die Klägerin als ihre Hauptartikel bezeichnete, nicht gebilligt werden. Hat das Landgericht bei dieser Beschränkung gewiß berücksichtigt, daß Beklagter auf seinen Reisen nur obige Artikel vertreten sollte, so würde dieser Gesichtspunkt weiterhin dazu führen, seine Verpflichtung auf den ihm zugewiesenen Rayon oder selbst auf die von ihm wirklich bereisten Gegenden zu beschränken. Dem Richteramte fehlt jedoch die Befugniß, einen unzuläßigen Vertrag in einen anderen zuläßig erscheinenden abzuändern.

Vielmehr ist der von den Parteien bekundete Vertragswille nur so, wie er als Ganzes hervorgetreten, der rechtlichen Beurtheilung zu unterwerfen und, wenn er in seiner Gesammtheit unzuläßig erscheint, für unverbindlich zu erklären. Wenn auch eine theilweise Aufrechthaltung eines Vertrages in Fällen, wo es sich nur um Ausscheidung unwesentlicher Punkte handelt, statthaft sein mag, so ist eine solche dagegen für unbedingt ausgeschlossen zu erachten, wenn, wie untergebens, der Vertrag in seinem Hauptinhalte eine zu weit gehende Beschränkung der persönlichen Freiheit und Aufgabe der wirthschaftlichen Selbständigkeit enthält.

Hiernach ist, ohne daß es auf eine Beweiserhebung darüber, ob der Beklagte schon in anderen Artikeln, als Rollläden und Rolljalousien, thätig gewesen sei, also in solchen auch weiterhin seinen Erwerb finden könne, sowie auf die weiteren Einreden des Beklagten und die bezüglichen Beweiserbieten ankommen könnte, die erhobene Klage kostenfällig abzuweisen.

I. Senat. Sitzung vom 12. Mai 1886.

Rechtsanwälte: Schmitz — Trimborn.

Konkurs. — Rechtshandlungen, welche früher, als sechs Monate vor der Konkurseröffnung erfolgt sind. — Anfechtung.

Die Bestimmung des § 26 der Konkursordnung, wonach Rechtshandlungen, welche früher, als sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgt sind, aus dem Grunde einer Kenntniß der Zahlungseinstellung nicht angefochten werden können, ist materiellrechtlicher Natur. Bei Berechnung der sechs Monate finden daher die Bestimmungen des § 200 der Civilprozeßordnung über die Berechnung prozessualischer Fristen keine Anwendung.

Konkurs Dahm — Beer, Sandheimer & Comp.

Am 21. September 1885 wurde die Firma Georg Dahm zu Köln in Konkurs erklärt. Unter dem 20. März 1885 hatte die Firma Beer, Sandheimer & Comp. als Gläubigerin der Firma Georg Dahm der zu Höchst domizilirten Deutschen Wasserwerkgesellschaft als Schuldnerin von Georg Dahm in Gemäßheit des § 744 der Civilprozeßordnung zustellen lassen, daß ihrerseits auf Grund eines vollstreckbaren Titels die Pfändung der Forderung von Dahm an die Wasserwerksgesellschaft in Höhe von 14000 Mark bevorstehe. Demnächst erfolgte am 9. April 1885 die Zustellung des Pfändungsbeschlusses des Königl. Amtsgerichts zu Köln vom 8. desselben Monats an die Wasserwerksgesellschaft. Der Firma Georg Dahm wurden die Urkunden über die erfolgte Pfändung am 11. April 1885 zugestellt. Nach Eröffnung des Konkurses der Firma Georg Dahm erhob der Verwalter desselben Klage gegen Beer, Sandheimer & Comp. mit dem Antrage, festzustellen, daß der Beklagten aus der Pfändung ein Recht auf abgesonderte Befriedigung nicht zustehe, demgemäß die Pfändung aufzuheben. Die Klage wurde auf die Behauptung gegründet, daß die Beklagte zur Zeit der Pfändung Kenntniß von der damals bereits vorhanden gewesenen Zahlungseinstellung der Firma Georg Dahm gehabt habe. Die Beklagte setzte der Klage die Bestimmung des § 26 der Konkursordnung entgegen, indem die in Rede stehenden Rechtshandlungen früher, als 6 Monate vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgt seien. Da der in Gemäßheit des § 744 der Civilprozeßordnung am 20. März 1885 zugestellten Mittheilung

die Pfändung binnen der im Absatze 2 daselbst bestimmten Frist von 3 Wochen gefolgt sei, so habe die Pfändung Wirkung von jenem Tage, und seien daher seit diesem bis zur Konkurseröffnung 6 Monate verstrichen gewesen.

Der Kläger bestritt die Anwendbarkeit des § 26 der Konkursordnung; er machte geltend, einmal, daß zwar die Zustellung der Pfändung an den Drittschuldner, nicht aber auch die Zustellung an den Schuldner binnen der dreiwöchentlichen Frist des § 744 Abs. 2 erfolgt sei, daß daher das Datum der Pfändung, der 9. April, und nicht der 20. März 1885 maßgebend sei und dieser Tag nicht 6 Monate vor der Eröffnung des Konkurses liege, sodann, daß, wenn dieses auch nicht zutreffe, bei Berechnung der 6 Monate des § 26 der Konkursordnung die Bestimmung des § 200 Abs. 2 der Civilprozeßordnung maßgebend sei, hierdurch aber, da der 20. September 1885 ein Sonntag gewesen, zur Zeit der angegriffenen Pfändung die 6 Monate vor der Konkurseröffnung nicht abgelaufen gewesen seien.

Das Landgericht erachtete diese Aufstellungen nicht für zutreffend und wies die Klage auf Grund des § 26 der Konkursordnung ab. Die hiergegen eingelegte Berufung verwarf das Oberlandesgericht aus folgenden

Gründen:

Nach § 730 Abs. 3 der Civilprozeßordnung ist die Pfändung mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner als bewirkt anzusehen; es ist somit der 9. April 1885 entscheidend und, da dieser Tag in die dreiwöchentliche, vom 20. März desselben Jahres zu berechnende Frist fällt, die Pfändung so anzusehen, als sei sie bereits am letztgedachten Tage erfolgt. Von diesem Tage sind aber bis zu der am 21. September 1885 eingetretenen Konkurseröffnung mehr, als 6 Monate verflossen. Die Vorschrift des § 26 der Konkursordnung, wonach Rechtshandlungen, welche früher, als 6 Monate vor Eröffnung des Verfahrens erfolgt sind, aus dem in der Klage geltend gemachten Grunde der Kenntniß der Zahlungseinstellung nicht angefochten werden können, enthält eine Voraussetzung beziehungsweise Beschränkung des Anfechtungsrechtes, also, wie auch schon das betreffende vom Konkursrecht handelnde erste Buch der Konkursordnung andeutet,

eine materiellrechtliche Bestimmung. Für die Berechnung des darin angegebenen Zeitraumes nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung kann man sich nicht auf den im zweiten Buche der Konkursordnung, betreffend das Konkursverfahren, stehenden § 65 beziehen, nach welchem die Civilprozeßordnung auf das Konkursverfahren entsprechende Anwendung finden soll, weil hier von einem formellen Verfahren, welches der § 26 regeln soll, nicht die Rede sein kann. Insbesondere ist aber auch der in diesem Paragraphen angegebene Zeitraum nicht als eine Frist im Sinne des § 200 Civilprozeßordnung aufzufassen, welche eine in einem anhängigen Rechtsstreite vorzunehmende Prozeßhandlung mit Rücksicht auf einen feststehenden Moment — Beginn der Frist — zeitlich begrenzt. Für die Eröffnung des Konkursverfahrens ist eine prozessualische Frist nicht vorgeschrieben, und beruht es auf Willkür, diese Eröffnung als das Ende einer Frist zu bezeichnen. Bei den nicht bestrittenen in Betracht kommenden Daten hat sonach der erste Richter mit Recht die Klage abgewiesen, und ist folglich auch die Berufung mit Kostenfolge zu verwerfen.

I. Senat. Sitzung vom 12. Mai 1886.
Rechtsanwälte: Schilling — Heiliger.

Commanditist. — Direktes Klagerecht der Gläubiger der Gesellschaft gegen denselben.

Dem Gläubiger einer Commanditgesellschaft steht gegen den Commanditisten ein direktes Klagerecht zu, soweit Letzterer die vertragliche und in Gemäßheit des Art. 151 Nr. 4 des Handelsgesetzbuchs in das Handelsregister eingetragene Einlage in die Gesellschaft nicht eingeschossen hat. Hinsichtlich der Frage, ob die Einlage in die Gesellschaft eingezahlt worden, ist der in Anspruch genommene Commanditist beweispflichtig.

Engels — Schmitter.

In Verfolg des im Bande 76 Abth. III S. 203 mitgetheilten Urtheiles des Reichsgerichts vom 26. Februar 1886 fand die weitere Verhandlung der Sache vor dem Oberlandes-

gerichte statt, bei welcher die Parteien die früheren Berufungsanträge wiederholten und der Beklagte Engels insbesondere geltend machte, daß den Klägern als Gläubigern der Commanditgesellschaft L. Masche & Comp. ein direktes Klagerecht gegen ihn als Commanditisten nicht zustehe, daß vielmehr nur die Gesellschaft ein Recht gegen den Commanditisten auf Einzahlung der Einlage habe; eventuell wurde behauptet, die Einlage sei voll eingezahlt, und der desfallsige Beweis sei erbracht. Das Oberlandesgericht erklärte den Beklagten Engels direkt den Klägern gegenüber für haftbar aus folgenden

Gründen:

Die Zulässigkeit der direkten Klage eines Gläubigers der Commanditgesellschaft gegen den Commanditisten ist zunächst nicht zu bestreiten. Wie die Art. 157 und 161 Handelsgesetzbuchs das Verhältniß der Gesellschaft einer Commanditgesellschaft unter sich regeln, so ist der Art. 165 für das Verhältniß der Gesellschafter zu dritten Personen maßgebend und insbesondere zum Schutze dieser Letzteren darum die Bestimmung getroffen, daß die Einlage des Commanditisten während des Bestehens der Gesellschaft weder ganz, noch theilweise zurückbezahlt oder erlassen werden kann.

Der Art. 165 erklärt den Commanditisten aber für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit dem versprochenen Betrage der Einlage, so weit diese nicht eingezahlt ist, haftbar. Durch die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister erwächst hiernach für den späteren Gläubiger der Gesellschaft, welcher seinerseits die beschränkte Haftung des Commanditisten nach Maßgabe der Eintragung anerkennen muß (vergl. Art. 163), nicht nur gegenüber der Gesellschaft, sondern auch gegen den Commanditisten ein unmittelbares Recht auf den Bestand des der Eintragung entsprechenden Gesellschaftsvermögens. Hätte das Gesetz dem Gläubiger aber ein direktes Klagerecht gegen den Commanditisten versagen, denselben vielmehr auf Geltendmachung der Rechte der Gesellschaft beziehungsweise des persönlich haftenden Gesellschafters gegen den Commanditisten hinweisen wollen, so hätte es auch, was nicht geschehen (vergl. Art. 151), nothwendigerweise die Veröffentlichung und Eintragung des Gesellschaftsvertrages oder wenigstens die Feststellung der Uebereinstimmung der Eintragung mit dem Ge-

sellschaftsvertrage vorschreiben müssen. Aus der Unterlassung dieser Vorschrift ist zu folgern, daß die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, namentlich in Beziehung auf die Einlage des Commanditisten, die Gläubiger nicht berühren, für diese vielmehr lediglich der Inhalt der Eintragung maßgebend ist. Es kann hiernach der Commanditist sich auf keine Einreden berufen, die ihm etwa gegenüber der Gesellschaft zustehen, z. B. auf die Einrede, daß — im Widerspruche mit der Eintragung — nach dem Gesellschaftsvertrage die Einlage von Bedingungen oder Zeitbestimmungen abhängig sei. Jeder Zweifel daran, daß dem Gläubiger ein direktes Klagerecht gegen den Commanditisten zustehe, muß für den vorliegenden Fall der Auflösung der Gesellschaft durch die Art. 172 und 146 Handelsgesetzbuchs schwinden.

(Es folgen Ausführungen zur Sache, betreffend die materielle Haftbarkeit der Commanditgesellschaft den Klägern gegenüber, sowie die Frage, ob der Beklagte, den in dieser Hinsicht unbedingt die Beweislast treffe, seine Einlage von 150000 Mark in die Gesellschaft gemacht habe. Die erstere Frage bejaht das Urtheil, die zweite wird verneint und demgemäß die Verurtheilung der ersten Instanz aufrechterhalten.)

I. Senat. Sitzung vom 2. Juni 1886.

Rechtsanwälte: Hartzfeld — Cardauns.

Legat für Arme. — Mehrere Gemeinden. — Armenverwaltung.

Durch eine testamentarische Verfügung, in welcher ohne nähere Bezeichnung den Armen mehrerer zusammengehörenden Gemeinden Vermögensstücke vermacht worden sind, ist die staatlich organisirte Vertretung der Armen dieser Gemeinden als instituirt anzusehen, mit der Maßgabe, daß das Legat den Armen gleichmäßig ohne Rücksicht auf ihre Gemeindeangehörigkeit zu Gute kommen soll.

Gemeinde Hüls — Gemeinde Benrad.

Der zu Hüls verstorbene Ackerer Heinrich Jakob Meyser verfügte in seinem notariellen Testamente vom 27. Februar 1881

wörtlich Folgendes: „Den Armen von Hüls und von Benrad schenke und vermache ich meinen Hüskeshof mit allen dazu gehörigen Grundstücken." Auf Grund dieses Testamentes erhob die Gemeinde Benrad, welche mit der Gemeinde Hüls eine Bürgermeisterei bildet, Klage zum Landgerichte Cleve mit dem Antrage, zu erkennen, daß der so vermachte Hof zur einen Hälfte zum Armenvermögen der Gemeinde Hüls und zur anderen Hälfte zum Armenvermögen der Gemeinde Benrad gehöre.

Durch Urtheil vom 3. Dezember 1884 erkannte das Landgericht zu Cleve dem Klageantrage gemäß. Auf erhobene Berufung wies jedoch das Oberlandesgericht die Klage ab aus nachstehenden

Gründen:

Nach der vorstehend angenommenen Auslegung (dieselbe gründet sich auf nähere, hier nicht interessirende Ausführungen thatsächlicher Natur) handelt es sich mithin untergebens um ein Armenlegat — legatum pauperibus relictum — zu dessen Empfang und dem Willen des Testators entsprechender Verwendung eine bestehende physische oder juristische Persönlichkeit im Testamente nicht benannt ist, und wobei der Testator auch keine Anordnungen getroffen hat, welche seine Absicht zur Schaffung einer pia causa mit einer zur Erreichung des Stiftungszweckes besonders eingerichteten Organisation und Verwaltung erkennen lassen. Für diesen Fall nimmt die französische Jurisprudenz und Doktrin, gestützt auf Art. 910 des B. G.-B. im Anschluß an das ältere Recht übereinstimmend an, daß die staatlich organisirte Vertretung der Armen der Gemeinde, welche der Testator seinem ausdrücklichen oder vermuthbaren Willen nach hat bedenken wollen, insofern als instituirt anzusehen ist, als dieselbe das zur Realisation und Verwaltung der Stiftung gesetzlich berufene Organ darstellt, (vergl. l. 24, 49 Cod. de episc. et cler. 1, 3 — Savigny System des Römischen Rechts Bd. 2 S. 270, Demolombe Bd. 18 Nr. 612, Aubry & Rau Bd. 7 S. 72, Zachariae-Puchelt Bd. 4 S. 640 Anmerkung 10 und Text, Rhein. Archiv Bd. 35. 1. 241, Bd. 39. 1. 85).

Daß hier der Testator die Armen der Gemeinden Hüls und Benrad hat bedenken wollen, darüber kann nach dem

Wortlaute seiner Verfügung kein Zweifel obwalten, und ist im Vorstehenden nur sein Wille näher dahin ausgelegt worden, daß das Legat den im Bezirke der beiden Gemeinden wohnenden Armen gleichmäßig ohne Rücksicht auf ihre Gemeindeangehörigkeit zu Gute kommen soll. Der so für die beiden Gemeinden — deren staatliche Organisation als Vertreter der Armen ihres Bezirks in ihrer gleichzeitigen Eigenschaft als besondere Ortsarmenverbände gegeben ist — in's Leben gerufene gemeinsame Armenfond bildet somit ein einheitliches Ganze, für dessen Vertretung und Verwaltung durch dieselben die Bestimmungen der Gemeindeverfassungsgesetze, sowie des Gesetzes, betreffend die Ausführung des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz vom 8. März 1871 hinsichtlich der Verwaltung gemeinschaftlicher Angelegenheiten zwischen verschiedenen Gemeinden und Ortsarmenverbänden maßgebend sind.

Hieraus ergibt sich die Unbegründetheit der von der klägerischen Gemeinde Benrad erhobenen Theilungsklage, deren Abweisung daher unter Aufhebung des Urtheiles a quo dem Prinzipalantrage der beklagten Gemeinde Hüls entsprechend zu erfolgen hatte.

III. Senat. Sitzung vom 6. Juli 1886.

Rechtsanwälte: Schilling — Cardauns.

Wechsel, Domizilwechsel. — Protesterhebung. — Protestakt. — Ungültigkeit. — Verzicht auf das Rechtsmittel des Einspruchs gegen ein Versäumnißurtheil.

Bei einem Domizilwechsel ist die Protesterhebung auch für den Fall nothwendig, daß der Domiziliat und der Remittent, beziehungsweise der letzte Inhaber identisch sind.

Der Protestakt ist ungültig, wenn das Zahlungsbegehren nicht an den Domiziliaten gerichtet, oder wenn nicht festgestellt ist, daß derselbe abwesend war.

Ein Verzicht auf das Rechtsmittel des Einspruchs gegen ein Versäumnißurtheil kann in formeller Beziehung nur aus einer nach diesem Urtheile erfolgten, den Verzicht unmittelbar aussprechenden Erklärung hergeleitet werden.

J. Lazarus Söhne — Müller.

Ein Wechsel, gezogen von Winand Müller zu Grottenherten auf Otto Schmill zu Kaiskorb und von diesem acceptirt, lautend über 3770 Mark, zahlbar an J. Lazarus Söhne zu Neuß und zwar bei dieser Firma selbst, ist am Verfalltage, dem 1. Juni 1885, durch den Gerichtsvollzieher S. auf Anstehen der Firma J. Lazarus Söhne protestirt worden. Der Protestakt lautet dahin, daß der Gerichtsvollzieher den Wechsel „dem Otto Schmill zu Kaiskorb, redend in dem Geschäftslokale der Handlung Lazarus Söhne zu Neuß, woselbst der Wechsel zahlbar gestellt ist, mit dem Handlungsgehülfen Herrn Moritz Klein in Abwesenheit des Bezogenen, vorgezeigt und zur Zahlung desselben aufgefordert hat," worauf der Gesprochene erklärt habe, „Mangels Deckung werde der Wechsel nicht bezahlt." Auf die von der Firma J. Lazarus Söhne erhobene Wechselklage sind der Aussteller Müller und der Acceptant Schmill durch vorläufig vollstreckbares Versäumnißurtheil der Königl. Kammer für Handelssachen zu Crefeld vom 9. Juli 1885 solidarisch zur Zahlung des Wechselbetrages, sowie der Nebenkosten verurtheilt worden. Gegen dieses Urtheil erhob Müller Einspruch. Er bestritt die Gültigkeit des Protestaktes unter Bezugnahme auf Art. 88 Nr. 3 der Deutschen Wechselordnung und der §§ 159, 166 der Civilprozeßordnung und bat in dem zugestellten Schriftsatze gleichzeitig um vorläufige Einstellung der eingeleiteten Zwangsvollstreckung, welchem Gesuche durch Beschluß vom 8. August entsprochen wurde. In einem Briefe von demselben Tage wandte sich Müller auch direkt an den Theilhaber der Firma J. Lazarus Söhne, Isaak Lazarus, mit der Bitte um Bewilligung eines Zahlungsausstandes und Abstandnahme von der Früchtepfändung, „weil er die große Summe so rasch nicht erhalten könne, und weil Lazarus durch die Hypothekar-Eintragung des ergangenen Urtheiles ja gesichert sei." Bei der mündlichen Verhandlung über den Einspruch wurde von Seiten der Firma J. Lazarus Söhne zur Begründung des Antrages auf Verwerfung des Einspruchs auf letzteres Schreiben Bezug genommen und dem Müller der Eid darüber zugeschoben, daß er persönlich und durch seine Ehefrau zur Zahlung des urtheilsmäßigen Betrages sich bereit erklärt habe. Das hierauf ergangene Urtheil

vom 17. September 1885 erachtete den erhobenen Protest für ungültig und das gedachte Schreiben, sowie die zum Beweise gestellten Thatsachen für den obschwebenden Rechtsstreit für bedeutungslos und hob demgemäß das Versäumnißurtheil vom 9. Juli 1885 wieder auf. Die Abweisung der erhobenen Klage wurde nicht ausgesprochen.

Gegen dieses Urtheil legte die klagende Firma J. Lazarus Söhne Berufung ein mit dem Antrage, den gegen das Versäumnißurtheil vom 9. Juli 1885 erhobenen Einspruch als unzulässig oder als unbegründet zu verwerfen. Eventuell wiederholte sie die in erster Instanz gestellten Beweiserbieten. Sie ließ ausführen: 1) Auf die Rechtsgültigkeit des erhobenen Protestes beziehungsweise darauf, ob das Versäumnißurtheil mit Erfolg hätte angegriffen werden können, komme es nicht mehr an, da in dem Briefe des Müller vom 8. August 1885 und den zum Beweise gestellten Thatsachen ein Anerkenntniß (acquiescement) des ergangenen Urtheiles bezw. ein nach den Grundsätzen des materiellen Rechts zu beurtheilender „Verzicht" im Sinne der §§ 311 und 475 der Civilprozeßordnung zu finden sei; 2) ein Wechselprotest sei in vorliegendem Falle überhaupt nicht nöthig gewesen, da die Person des Domiziliaten mit der des Remittenten zusammenfalle, der Protest also zweckloser Weise von Letzterem bei sich selbst erhoben worden sei; der in der deutschen Rechtsprechung allerdings zur Geltung gelangten Anschauung von der Nothwendigkeit des sogenannten „Deklarationsprotestes" könne die gegentheilige Auffassung der österreichischen Gerichte mit Grund entgegengehalten werden; 3) der Protest sei aber auch gültig erhoben; im Gegensatze zu der Bestimmung des Art. 88 Nr. 2 der Deutschen Wechselordnung, welche die genaue Bezeichnung des Zahlungspflichtigen fordere, enthalte Nr. 3 daselbst nur eine Vorschrift über das sogenannte parlant, und spreche schon die praesumtio legalitatis dafür, daß der protestirende Beamte die Abwesenheit der Person, gegen welche protestirt worden, beim Eintritte in deren Wohnung festgestellt habe.

Der Berufungsbeklagte bezog sich zur Begründung seines Antrages auf Verwerfung der Berufung auf die Gründe des angegriffenen Urtheiles. Er verwahrte sich dagegen, daß ein rechtsgültiger Verzicht auf ein Rechtsmittel gegen das auf der Unterstellung der Gültigkeit des erhobenen Protestes beruhende

Versäumnißurtheil in seinem Briefe vom 8. August 1885 enthalten sei, betonte die Nothwendigkeit eines Protestaktes zur Begründung des wechselmäßigen Anspruchs und bemängelte die Gültigkeit des vorliegenden Protestes, indem er insbesondere noch bestritt, daß Moritz Klein ein Handlungsgehülfe oder Prokurist der Firma J. Lazarus Söhne sei.

Das Oberlandesgericht hob das angefochtene Urtheil vom 17. September 1885 auf und wies unter Aufhebung des Versäumnißurtheiles vom 9. Juli 1885 die Wechselklage der Firma J. Lazarus Söhne ab aus folgenden

Gründen:

Die Einwendungen der klagenden Firma J. Lazarus Söhne gegen die Zulässigkeit des vom Beklagten Müller gegen das Versäumnißurtheil vom 9. Juli 1885 erhobenen Einspruchs sind schon deshalb verfehlt, weil nach dem Wortlaute des § 475 Civilprozeßordnung, auf welchen § 311 hinweist, nur einer nach Erlassung des Urtheiles erfolgten, den Verzicht unmittelbar aussprechenden Erklärung die Wirkung des Verlustes des betreffenden Rechtsmittels beigelegt werden kann. Eine solche Erklärung ist in dem Briefe des Müller vom 8. August 1885 nicht zu finden. Aus dem Inhalte desselben kann ebensowenig eine Anerkennung des klägerischen Anspruchs, welche den Einspruch als materiell unbegründet erscheinen ließe, gefolgert werden, weil damals der Einspruch bereits schriftlich eingereicht war und der Brief, entsprechend dem beim Gerichte gestellten Antrage, offenbar nur bezweckte, die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheiles abzuwenden. Vergl. v. Wilmowski und Levy Civilprozeßordnung zu § 475, Rh.. Archiv 72. 2. 83, Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 5 S. 384.

Die Nothwendigkeit der Protesterhebung auch für den Fall, daß der Domiziliat und der Remittent bezw. der letzte Inhaber identisch sind, ergibt sich aus der bestimmten Vorschrift des Art. 43 der Wechselordnung, durch welche beim Domizilwechsel der Protest zur Erhaltung des wechselmäßigen Anspruchs gegen den Aussteller, die Indossanten und den Acceptanten ausdrücklich gefordert wird. In dieser Beziehung ist der constanten Rechtsprechung der deutschen Gerichte, gegenüber der der österreichischen, beizutreten, (vergl. Borchardt zu Art. 43 der Wechselordnung und die dort angeführten Entscheidungen des Reichs-

Oberhandelsgerichts Bd. 11 S. 188, Bd. 12 S. 114, Bd. 13 S. 146, Bd. 15 S. 244).

Die Ungültigkeit des Protestaktes vom 1. Juni 1885 folgt aus der Nichtbeachtung des Art. 88 Nr. 3 der Wechselordnung, welcher keineswegs blos Vorschriften bezüglich der Art der Zustellung, sondern wesentliche Bestimmungen bezüglich des Inhaltes eines Protestaktes enthält. Nach dem klaren Wortlaute dieses Artikels ist das Zahlungsbegehren an diejenige Person, gegen welche protestirt wird, zu richten und eventuell deren Abwesenheit festzustellen. Statt dessen hat der Gerichtsvollzieher „dem Acceptanten Schmill in dem Geschäftslokale des Domiziliaten, der Handlung J. Lazarus Söhne, redend mit dem Handlungsgehülfen Moritz Klein, in Abwesenheit des Bezogenen“, den Wechsel vorgezeigt. In dem Akte ist also die Abwesenheit des eigentlichen Protestaten, hier des Domiziliaten, d. h. des Inhabers der Handlung J. Lazarus Söhne (Entsch. des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 18 S. 327), nicht festgestellt; auch ist nicht ersichtlich, in welchem Verhältnisse der genannte Moritz Klein zu dem Bezogenen oder zu letzterem Handlungshause steht, was um so erheblicher ist, da es bestritten wird, daß er Commis bei J. Lazarus Söhne sei (vergl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 3 S. 90).

Hiernach war der wechselmäßige Anspruch der Handlung J. Lazarus Söhne verloren, und ist der Einspruch des Müller gegen das Versäumnißurtheil vom ersten Richter mit Recht für begründet erachtet worden.

Die im angegriffenen Urtheile unterlassene Abweisung der Klage bedingt die Aufhebung dieses Urtheiles und die Fassung der Urtheilsformel.

IV. Senat. Sitzung vom 13. Februar 1886.

Rechtsanwälte: Hartzfeld — Settels.

Wechsel, eigener. — Verurtheilung der Aussteller. — Zahlung durch einen derselben. — Subrogation. — Zwangsvollstreckung. — Klage auf Aufhebung. — Widerklage.

Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die gesetzliche Subrogation finden auf die von einem

der mehreren Aussteller eines eigenen Wechsels geleistete Zahlung keine Anwendung.

Auf Grund eines Urtheiles, welches nur die solidarische Verurtheilung der Aussteller des Wechsels zur Zahlung der Wechselsumme ausspricht und keine exekutionsfähige Entscheidung über die Regreßpflicht der einzelnen Mitaussteller des Wechsels enthält, kann daher der zahlende Aussteller gegen den Mitaussteller eine Zwangsvollstreckung nicht vornehmen lassen.

Ist dieser Aussteller dennoch zur Zwangsvollstreckung geschritten, so ist in dem die Aufhebung derselben betreffenden Verfahren die Erhebung einer Widerklage auf Verurtheilung zur Zahlung nach § 33 der Civilprozeßordnung unstatthaft.

Mayer — Milz.

So entschieden vom Oberlandesgerichte unter Abänderung des Urtheiles des Königl. Landgerichts zu Coblenz vom 11. März 1885 aus folgenden

Gründen:

Wie bereits der vormalige Rheinische Appellationsgerichtshof in seinem Urtheile vom 29. Januar 1876 (vergl. Rhein. Archiv 67. 1. 147) zutreffend ausgeführt, finden auf die durch einen von mehreren Wechselverpflichteten geleistete Zahlung die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die gesetzliche oder vertragsmäßige Subrogation keine Anwendung. Dieser Auffassung hat sich auch das Reichsgericht in seinem Urtheile vom 19. Juni 1882 (vergl. Entscheidungen Bd. 10 S. 299) hinsichtlich der gesetzlichen Subrogation, welche damals nur in Frage stand, angeschlossen und weiterhin ausgeführt, daß der Umstand, daß der Wechselinhaber gegen die mehreren Wechselverpflichteten ein Urtheil erwirkt habe, ohne Einfluß sei, da dasselbe kein neues Recht schaffe und deshalb an dem zwischen den Wechselverpflichteten bezüglich des Regresses bestehenden Rechtsverhältnisse nichts ändern könne. Beide Urtheile behandeln zwar blos die Rechtsstellung der Indossanten zu den Acceptanten und Ausstellern eines Wechsels. Die gleichen Grundsätze müssen indessen auch da Anwendung finden, wo es sich, wie im vorliegenden Falle, um das Rechtsverhältniß mehrerer Mitaussteller eines eigenen Wechsels zu einander handelt.

Nach Art. 81 der Wechselordnung sind dieselben nur für die Wechselforderung als solche solidarisch verpflichtet. Diese solidarische Verpflichtung eines jeden Ausstellers, welche durch die Mitunterzeichnung des Wechsels begründet wird, ist eine selbständige und unabhängig von denjenigen Verbindlichkeiten, welche von den übrigen Mitausstellern des Wechsels durch die Unterschrift eingegangen sind. Wird der Wechselgläubiger durch einen Mitaussteller befriedigt, ohne daß dieser sich die Wechselforderung mit wechselmäßiger Wirkung nach Art. 9 ff. der Wechselordnung hat übertragen lassen, so wird dadurch die Wechselforderung als solche getilgt und, da der zahlende Aussteller die ihm obliegende Verpflichtung erfüllt hat, für eine weitere Cession oder Subrogation gegenstandslos. Damit ist allerdings nicht ausgeschlossen, daß der zahlende Mitaussteller nicht auch einen Regreßanspruch gegen die übrigen Mitaussteller hat. Für die Frage aber, ob und in wie weit dem zahlenden Aussteller ein Regreßanspruch gegen die übrigen Mitaussteller zusteht, ist lediglich das unter den Mitausstellern obwaltende civilrechtliche Verhältniß entscheidend. Hieraus ergibt sich, daß, wenn der von dem einen Mitaussteller gegen die übrigen Aussteller geltend gemachte Regreßanspruch von diesen an und für sich oder in seiner Höhe bestritten wird, ein solcher Streit nur im Wege einer besonderen Klage zum Austrage gebracht werden kann. Auf ein Urtheil, welches, wie das im gegenwärtigen Falle vorliegende, nur die solidarische Verurtheilung der Mitaussteller des Wechsels zur Zahlung der Wechselsumme ausspricht und keine exekutionsfähige Entscheidung über die Regreßpflicht der einzelnen Mitaussteller enthält, kann sich der zahlende Aussteller allein nicht berufen und noch weniger auf Grund desselben eine Zwangsvollstreckung vornehmen lassen (vergl. Borchardt, Wechselordnung S. 273 Zus. 591, S. 347 Zus. 746 Nr. 1 und 3, S. 456 Zus. 509 a).

Die Beklagten haben nun zwar Widerklage erhoben, mit welcher sie beantragen, die Klägerin zur Zahlung derjenigen Summe zu verurtheilen, für welche sie die Zwangsvollstreckung aufrecht erhalten wissen wollen. Die Erhebung einer solchen Widerklage ist indessen in dem gegenwärtigen Verfahren nach § 33 der Civilprozeßordnung unstatthaft. Es kann sich im vorliegenden Falle nur darum handeln, ob den Beklagten aus dem Urtheile, auf Grund dessen sie zu einer Zwangsvollstreckung

übergegangen sind, eine Forderung gegen die Klägerin zusteht. Die Frage, ob die Beklagten auf Grund anderer Rechtsverhältnisse, als derjenigen, über welche das Urtheil entschieden hat, eine Forderung von gleicher Höhe gegen die Klägerin beanspruchen können, ist von dem Rechtsstreite, welcher durch die Klage zum Austrage gebracht werden soll, eine völlig verschiedene und steht mit demselben in keinem Zusammenhange, was auch schon daraus hervorgeht, daß, wenn auch nach dem Antrage der Widerklage erkannt würde, diese Entscheidung auf die Entscheidung über den Antrag der Klage, mit welcher die Aufhebung der Zwangsvollstreckung begehrt wird, ohne jeden Einfluß sein würde.

Es war deshalb in der Hauptsache, wie geschehen, zu erkennen. Anlangend dagegen den Antrag der Klägerin auf Verurtheilung der Beklagten zum Ersatze eines näher zu liquidirenden Schadens, so ist dieser nicht begründet, da die Klägerin nichts vorgebracht hat, woraus sich entnehmen ließe, daß derselben überhaupt ein Schaden durch die eingeleitete Zwangsvollstreckung entstanden ist.

IV. Senat. Sitzung vom 26. Juni 1886.

Rechtsanwälte: Heiliger — Gorius.

Wechsel. — Verbindlichkeit des Acceptanten eines Sekunda-Wechsels ohne Beschaffung oder Amortisation des Prima-Wechsels.

Der Acceptant eines Sekunda-Wechsels, welcher die Erklärung enthält, daß er **anstatt** des verloren gegangenen gleichlautenden Prima-Wechsels ausgestellt wurde, ist dem Aussteller gegenüber zur Zahlung der Wechselsumme gegen Quittirung und Aushändigung des Sekunda-Wechsels verpflichtet, ohne daß der Aussteller gehalten wäre, den Prima-Wechsel entweder gleichfalls auszuhändigen oder vorher amortisiren zu lassen.

Hastenrath — Heymich & Comp.

Die Firma C. Heymich & Comp. zu Jülich hatte auf die Wittwe Hastenrath in Aachen einen Wechsel gezogen, welchen

diese acceptirt hatte. Da der Wechsel angeblich verloren gegangen war, ließ die Acceptantin sich durch die Trassantin zur Acceptirung eines „Sekunda-Wechsels“ bewegen, welcher folgenden Wortlaut hatte:

„Sekunda-Wechsel

gültig anstatt des verloren gegangenen gleichlautenden Prima.

Jülich, den 23. September 1885. Für Rmk. 1682,13. Am 23. November 1885 zahlen Sie gegen diesen unsern Sekunda anstatt Prima-Wechsel an unsere eigene Ordre die Summe von Rmk. Eintausend sechshundert zweiundachtzig 13, den Werth in Waaren und stellen ihn auf Rechnung laut Bericht.

Frau Wittwe L. Hastenrath in Aachen. C. Heymich & Comp. in Jülich. Zahlbar bei der Acceptantin Kurbrunnenstraße No. 115 in Aachen“ (folgen die Indossamente).

Dieser Sekunda-Wechsel wurde am 7. Dezember 1885 Mangels Zahlung protestirt.

Die Firma C. Heymich & Comp. erhob auf Grund dieses Wechsels nebst Protesturkunde gegen die Acceptantin bei der Kammer für Handelssachen des Königl. Landgerichts zu Aachen Klage im Wechselprozesse auf Zahlung von 1682 Mark 13 Pfg. Hauptsumme nebst Zinsen zu 6 Prozent vom 23. November 1885, sowie von 14 Mark 62 Pfg. Protestkosten mit Zinsen zu 6 Prozent vom 7. Dezember 1885.

Die Beklagte erklärte sich lediglich bereit, gegen Aushändigung des von ihr acceptirten Sekunda- und Prima-Wechsels resp. nach Amortisation des verloren gegangenen Prima-Wechsels die Wechselsumme zu zahlen, im Uebrigen bestritt sie den klägerischen Anspruch und beantragte, dem Kläger die Kosten zur Last zu legen.

Die Kammer für Handelssachen verurtheilte indessen die Beklagte nach dem Klageantrage.

Auf erhobene Berufung hob das Oberlandesgericht dieses Urtheil in soweit auf, als die Beklagte zur Zahlung der Protestkosten im Betrage von 14 Mark 62 Pfg. verurtheilt worden war, und ergänzte das Urtheil dahin, daß der Beklagten die Ausführung ihrer Rechte vorbehalten wurde; im Uebrigen verwarf das Oberlandesgericht die Berufung aus folgenden

Gründen:

Wenn es in der Ueberschrift des eingeklagten Sekunda-Wechsels heißt: „gültig anstatt des verlorenen gleichlautenden Prima" und im Contexte: „zahlen Sie gegen diesen Sekunda- anstatt Prima-Wechsel", so wird dadurch die Verpflichtung aus dem Sekunda-Wechsel weder zu einer unbestimmten, noch zu einer bedingten in dem Sinne gemacht, daß dieselbe nur dann bestehen solle, wenn der Prima-Wechsel verloren gegangen. Die Zusätze geben vielmehr den Grund an, welcher zur Ausfertigung und Acceptation eines zweiten Exemplars geführt hat, und stellen sich als urkundliche Erklärungen dar, welche auf die Gültigkeit der Wechselobligation keinen Einfluß haben.

Da der eingeklagte Wechsel die Bezeichnung „Sekunda" führt und im Contexte enthält, ist er (Art. 66 Wechselordnung) als ein Duplikat, nicht als ein neuer Wechsel anzusehen, welcher letztere eine andere, als die durch den Prima-Wechsel geschaffene Wechselobligation begründen würde. Aus Duplikaten eines Wechsels entsteht, auch wenn die mehreren Exemplare acceptirt werden, zunächst immer nur eine Wechselobligation, deren Träger die mehreren Exemplare sind, so jedoch, daß jedes Exemplar den vollständig gültigen Wechsel darstellt. Daraus würde folgen, daß der legitimirte Inhaber eines acceptirten Exemplars auf Grund desselben vom Acceptanten Zahlung verlangen könne. Nun würde aber andererseits der Acceptant mehrerer Exemplare aus den Accepten auf den bei der Zahlung nicht zurückgegebenen Exemplaren verhaftet bleiben (Art. 67 Nr. 2 Wechselordnung), während der Wechselschuldner nach Art. 39 Wechselordnung nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels, d. h. gegen Befreiung von der Wechselverbindlichkeit, Zahlung zu leisten verpflichtet ist. Stellt somit einmal jedes acceptirte Exemplar den vollgültigen Wechsel dar, liegt ferner nur eine Wechselobligation trotz der mehreren Exemplare vor, und braucht endlich der Wechselschuldner nur gegen Befreiung von seiner Wechselverbindlichkeit zu zahlen, so ergibt sich, daß der Acceptant mehrerer Exemplare mit Rücksicht auf Art. 67 Nr. 2 Wechselordnung nur gegen Aushändigung aller von ihm acceptirten Exemplare zu zahlen verbunden ist, vorausgesetzt jedoch, daß der die Zahlung Verlangende im Besitze der mehreren acceptirten Wechselexemplare ist. Thöl, Wechselrecht § 69, Wächter, Wechselrecht des deutschen Reichs S. 433 No. 35.

Nun hat aber Berufungsklägerin laut der Zusätze, welche in dem von ihr acceptirten Sekunda-Wechsel enthalten sind, anerkannt, daß die Gegnerin nicht mehr im Besitze des Prima-Wechsels ist, daß vielmehr dieses Exemplar verloren gegangen. Nur so sind die Worte „gültig statt des verlorenen gleichlautenden Prima" (und „zahlen Sie gegen diesen Sekunda anstatt Prima") zu verstehen. Die Ausstellung eines Sekunda-Wechsels bezw. die Acceptation desselben, die doch gerade mit Rücksicht auf den Verlust des Prima-Wechsels erfolgte, verlöre ihre wesentliche Bedeutung, wenn bezüglich des letzteren das langwierige Amortisationsverfahren durchgeführt werden sollte. Berufungsklägerin ist daher zur Zahlung der wechselmäßigen Hauptsumme nebst Zinsen gegen Aushändigung des Sekunda-Wechsels verpflichtet, ohne auf Herausgabe bezw. Amortisation des Prima-Wechsels Anspruch zu haben.

Zur Zahlung der Protestkosten ist sie aber nicht verbunden. Ausweislich ihres Antrages bestreitet sie ihrerseits eine solche Verpflichtung. Berufungsbeklagte hat somit ihre Berechtigung, jene Kosten zu fordern, nachzuweisen. Die Protesturkunde vom 7. Dezember 1885 ist dazu nicht geeignet. Da der Wechsel am 23. November 1885 fällig war, muß der Protest vom 7. Dezember 1885 als vollkommen überflüssig erscheinen, da derselbe nach Art. 41 Wechselordnung verspätet war. Zur Erhaltung des Wechselrechtes gegen die Acceptantin bedurfte es (Art. 44, 43 Wechselordnung) keines Protestes.

Es erscheint daher die Verurtheilung der Berufungsklägerin zur Zahlung der Protestkosten nebst Zinsen von denselben ungerechtfertigt. Desgleichen ist derselben die Ausführung ihrer Rechte vorzubehalten, wenngleich ein dahin gehender Antrag auf Abänderung bezw. Ergänzung des diesen Vorbehalt nicht enthaltenden angefochtenen Urtheiles von ihr nicht genommen ist. Nach § 562 Civilprozeßordnung ist der Vorbehalt von Amtswegen auszusprechen. Im Uebrigen ist die Entscheidung des ersten Richters gerechtfertigt. Die Kosten beider Instanzen muß mit Rücksicht auf § 88 Abs. 2 Civilprozeßordnung Berufungsklägerin allein tragen.

III. Senat. Sitzung vom 6. Juli 1886.

Rechtsanwälte: Jonen I — Schilling.

Wechsel. — Zahlungsort. — Erkundigungspflicht des Wechselnehmers. — Protesterhebung in den Wind.

Durch den Art. 4 Nr. 8 der Wechselordnung ist eine Bezeichnung des Zahlungsortes, durch welche jede Verwechselung ausgeschlossen wird, als Formerforderniß für die Gültigkeit des Wechsels nicht vorgeschrieben. Insbesondere kann nicht schon aus der blosen Gleichnamigkeit des angegebenen Zahlungsortes mit anderen Orten die Ungültigkeit des Wechsels hergeleitet werden. In solchen Fällen liegt bei entstehenden Zweifeln dem Wechselnehmer die Erkundigungspflicht ob; eventuell können durch eine an einem der vorliegenden Ortsbezeichnung entsprechenden Orte bewirkte Präsentation und Protesterhebung — letztere eventuell in den Wind — die Wechselformalitäten wirksam erfüllt werden.

Neumann & Esser — Meyer & Comp.

Die Firma Neumann & Esser zu Aachen erhielt auf eine Waarenschuld von der Firma Meyer & Comp. daselbst einen auf Peter Reich in „Neumarkt i. O." gezogenen und von diesem acceptirten Wechsel über 500 Mark, welchen sie „unter üblichem Vorbehalt" annahm und weiter begab. In Folge des Umstandes, daß die Bezeichnung „Neumarkt i. O." auf mehrere Orte paßt, kam der Wechsel erst nach Verfall zur Präsentation und Protesterhebung in dem schließlich als Wohnort des Acceptanten ermittelten Neumarkt in der Oberpfalz. Derselbe ging dann auf die Klägerin zurück, welche ihn einlöste und nunmehr gegen Meyer & Comp. Klage auf Zahlung von 500 Mark als Restwaarenforderung erhob, indem sie geltend machte, die fragliche Tratte sei wegen ungenügender, von der Beklagten zu vertretender Bezeichnung des Zahlungsortes ungültig, und könne daher deren Begebung an die Klägerin nicht als Zahlung gelten.

Die Klage wurde von der Kammer für Handelssachen in Aachen abgewiesen und die hiergegen eingelegte Berufung vom Oberlandesgerichte verworfen aus folgenden

Gründen:

Die Begründung des angefochtenen Urtheiles steht mit den in Lehre und Rechtsprechung, so viel erhellt, nicht streitigen

Sätzen in Einklang, daß der Art. 4 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung eine, jede Verwechselung ausschließende Genauigkeit der Angabe des Zahlungsortes als Formerforderniß des Wechsels nicht vorschreibt, daß um der blosen Gleichnamigkeit des angegebenen Zahlungsortes mit anderen Orten willen der Wechsel nicht für ungültig erachtet werden kann, weil eben eine in fraglicher Richtung besonders qualifizirte Ortsangabe im Gesetze nicht und mit gutem Grunde nicht gefordert ist, daß daher in Zweifelsfällen einerseits eine Erkundigungspflicht des Wechselnehmers zu statuiren, anderseits aber als Wille des Gesetzes anzusehen ist, daß der Wechselinhaber dadurch, daß er an einem der vorliegenden Ortsbezeichnung nach zutreffenden Orte Präsentation und Protesterhebung — letztere eventuell in den Wind — bewirkt, die Wechselformalitäten wirksam erfüllen könne, der solchergestalt — ohne dolus — gewählte Ort als der bestimmt gewollte, nur unbestimmt ausgedrückte Zahlungsort mindestens in der Regel zu gelten habe. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Band IX Seite 193 ff.

Ohne Erfolg wird von der Klägerin die Richtigkeit dieser Sätze beziehungsweise ihre Anwendbarkeit auf vorliegenden Fall bestritten.

In ersterer Beziehung ist auf die näheren Ausführungen am angeführten Orte zu verweisen und nur hinzuzufügen, daß gegen die Zulässigkeit eines Protestes (in den Wind) daraus nichts gefolgert werden kann, daß im Art. 91 Satz 3 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung über die Ortschaft, wo zu protestiren sei, nichts bestimmt ist, weil eben diese aus dem Wechsel selbst zu entnehmen und rücksichtlich ihrer nach Maßgabe der dort vorliegenden Angabe zu verfahren, bei sich ergebenden Zweifeln daher mit Nothwendigkeit entweder der wirklich gewollte Ort durch Erkundigung zu eruiren oder betreffendenfalls an einem nach der Ortsangabe indizirten Orte das Wechselrecht durch Vornahme der nothwendigen Handlungen zu salviren ist. Mit welchem Grunde diese Erkundigungspflicht im Allgemeinen zu beanstanden sein sollte, erhellt nicht. Daß sie insbesondere dann, wenn der Wechsel zahlungshalber gegeben und genommen worden, nicht statuirt werden könne, leuchtet nicht ein, da in diesem Falle von einer besonderen Gefälligkeit des Nehmers, welche ausschließe, daß ihm auch noch die Pflicht der Nachforschung aufzuerlegen, nicht füglich gesprochen werden kann.

Für Klägerin war somit, wenn seitens der Nachmänner sowohl rechtzeitige Ermittelungen des wirklich gemeinten Zahlungsortes, als auch die rechtzeitige Protesterhebung an einem nach der Bezeichnung im Wechsel zutreffenden Orte verabsäumt wurde, eine Verpflichtung zur Wiedereinlösung des im Regreßwege an sie zurückgelangenden Wechsels überall nicht begründet oder aber jedenfalls für sie der Rückgriff an die Beklagte ausgeschlossen, da der von ihr gemachte „übliche Vorbehalt" im Zweifel nicht dahin gedeutet werden kann, daß sie, etwa weil es sich um einen wenig bekannten Nebenplatz handle, für rechtzeitige Präsentation und Protesterhebung der Beklagten gegenüber keine Verbindlichkeit habe übernehmen wollen. Derselbe ist vielmehr zutreffend vom ersten Richter gedeutet und danach hier bedeutungslos. Die erhobene Berufung war hiernach unter Erledigung des Kostenpunktes nach § 92 Civilprozeßordnung geschehenermaßen zu verwerfen.

III. Senat. Sitzung vom 20. Oktober 1886.

Rechtsanwälte: Schilling — Gorius.

Privilegium des Vermiethers. — Pfändungspfandrecht. — Vorrang.

Im Gebiete des Rheinischen Rechts hat das Privilegium des Vermiethers an den Invekten und Illaten des Miethers den Vorrang vor dem Pfändungspfandrechte und zwar auch dann, wenn die eingebrachten Gegenstände zur Zeit ihrer Einbringung in die gemiethete Wohnung bereits gepfändet waren, es sei denn, daß der Vermiether zu dieser Zeit von der bestehenden Pfändung Kenntniß hatte, in welchem Falle das Pfändungspfandrecht den Vorrang hat.

Seulen — Lehmkuhl.

So entschieden unter Abänderung des Urtheiles des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 10. Oktober 1883 vom Oberlandesgerichte aus folgenden

Gründen:

Was zunächst die Rechtsfrage betrifft, welcher von den beiden streitigen Forderungen der Vorzug vor der anderen gebührt, so kann, wie dies auch bereits durch den Beweisbeschluß

vom 6. November v. Js. zu erkennen gegeben worden ist, der Ansicht des Richters a quo nicht beigetreten werden.

Nach § 709 Absatz 1 der Civilprozeßordnung erwirbt der Gläubiger durch die Pfändung ein Pfandrecht an den gepfändeten Gegenständen, welches nach Absatz 3 dem durch eine spätere Pfändung begründeten Pfandrechte vorgeht. Durch dieses Pfandrecht erlangt er nach Absatz 2 ibid. im Verhältniß zu anderen Gläubigern dieselben Rechte, wie durch ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht, welches solchen Pfand- und Vorzugsrechten vorgeht, die für den Fall eines Konkurses den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt sind. Im § 41 der Konkursordnung, der nach § 7 des Ausführungsgesetzes zur Konkursordnung auch außerhalb des Konkurses Anwendung findet, ist nun zwar unter Ziffer 4 das Privilegium des Vermiethers dem Faustpfandrechte ebenso gleichgestellt, wie das Pfändungspfandrecht. Diese Gleichstellung bedeutet aber nur die Gewährung eines gleichartigen Rechtes und bezieht sich nicht auf den Rang der im § 41 unter Ziffer 1—9 aufgeführten Forderungen. Da nun die Konkursordnung über die Rangordnung dieser Forderungen nichts bestimmt hat, auch das Ausführungsgesetz diese Lücke nur bezüglich der im § 6 vorgesehenen Forderungen aus öffentlichen Abgaben ausgefüllt hat, so muß in Beziehung auf das Rangverhältniß des pfändenden Gläubigers und des Vermiethers auf das Rheinische Recht zurückgegangen werden, wie denn auch in den Motiven des Gesetzes ausdrücklich ausgesprochen ist, daß die Absonderungsberechtigten ihre Priorität gegeneinander nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zum Austrag zu bringen haben. Der Art. 2102 Nr. 1 des B. G.-B. gewährt nun aber dem Vermiether ein Privilegium an allen Mobilien, welche der Miether in das gemiethete Lokal eingebracht hat, ohne zu unterscheiden, ob ein Dritter ein Eigenthums- oder ein anderes Recht daran geltend machen kann, und die Rechtsprechung macht davon nur eine Ausnahme für den Fall, daß der Vermiether vor dem Einbringen der Sachen Kenntniß vom Anspruche jenes Dritten erhalten hat. Da nun der Berufungsbeklagte über diese Kenntniß dem Berufungskläger den Eid zugeschoben hat, so ist vorerst hierauf durch bedingtes Endurtheil zu erkennen u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 18. Juni 1886.

Rechtsanwälte: Schmitz — Rieth.

Immobilien kraft Bestimmung. — Pfändung und Veräußerung derselben. — Rechte des Hypothekargläubigers. — Widerspruchsrecht auf Grund des § 715 Nr. 5 der Civilprozeßordnung.

Der Hypothekargläubiger ist nicht berechtigt, der in Folge von Pfändungen statthabenden Veräußerung solcher Mobilarstücke zu widersprechen, welche auf das ihm verpfändete Grundstück von dem Eigenthümer desselben zum Zwecke der Bewirthschaftung gebracht und demgemäß kraft Destination (Art. 524 des B. G.-B.) unbeweglich geworden sind, sofern er nicht **vor** der Veräußerung die Immobilarbeschlagnahme erwirkt hat. Demselben kann daher auch nicht, falls er in dem späteren Vertheilungsverfahren den Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse der fraglichen Mobilarstücke erhebt, die Einrede entgegengesetzt werden, daß er zur Wahrung seines Vorzugsrechts der Versteigerung auf Grund des § 690 der Civ.-Pr.-O. habe widersprechen müssen.

Dagegen steht in diesem Falle dem Hypothekargläubiger materiell ein Vorzugsrecht an dem Erlöse nicht mehr zu, da die Sachen durch Trennung vom Gute und Veräußerung ihre Immobilarqualität verloren haben.

Hat der Schuldner die Pfändung von Gegenständen, welche im § 715 Nr. 5 der Civ.-Pr.-O. aufgeführt sind, zugelassen, so sind Dritte nicht berechtigt, deren Unzulässigkeit geltend zu machen.

Franssen — Kiwitz und Gen.

Gegen die Wittwe Heinrich Görden und deren minderjährige Kinder, welche Eigenthümer des zu Veen gelegenen sogenannten Kröllenhofes waren, haben eine Reihe von Gläubigern, unter diesen der Johann Kiwitz zu Veen, unter dem 14. Januar, 16. Februar, 3. und 14. Juli 1884 Pfändungen beziehungsweise Anschlußpfändungen vornehmen lassen, wobei nicht nur Hausmobilien, sondern auch das auf dem Hofe befindliche Vieh und Ackergeräthe der Schuldner mit Beschlag belegt wurden.

Diesen Pfändungen schloß sich unter dem 19. Juli 1884 die Rentnerin Johanna Franssen zu Xanten, welche als Rechtsnachfolgerin des Johann Baptist van Straaten daselbst auf Grund einer Obligation vom 9. August 1873 Hypothekargläubigerin der Wittwe und Kinder Görden ist, an; dieselbe widersetzte sich der Auszahlung des Erlöses der demnächst versteigerten Pfandobjekte, welcher daraufhin mit 3050 Mark 30 Pfg. hinterlegt wurde. In dem sodann beim Amtsgerichte zu Xanten eingeleiteten Vertheilungsverfahren wurden die Gläubiger nach der Reihenfolge der Pfändungen angewiesen. Hiergegen erhob die Franssen Widerspruch und demnächst Klage zum Landgerichte Cleve mit dem Antrage auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Steigerlöse bis zum Betrage von 2751 Mark.

Dieser Anspruch wurde darauf gegründet, daß die zwangsweise versteigerten Pfandobjekte bis auf wenige Ausnahmen vom Eigenthümer des Gutes zum Zwecke der Exploitation desselben auf das Gut gebracht seien, daß daher diese Objekte nach Art. 524 des B. G.-B. Immobilarqualität erlangt hätten und als solche von dem älteren Hypothekenrechte der Klägerin bestrickt seien.

Das Landgericht wies durch Urtheil vom 13. Juni 1885 die Klage ab, indem es davon ausging, daß die Klägerin, um den fraglichen Pfandobjekten die behauptete Immobilarqualität zu bewahren, der Pfändung und Veräußerung derselben auf Grund des § 690 der Civ.-Pr.-O. habe widersprechen müssen, daß der § 710 der Civ.-Pr.-O., wonach ein Dritter, welcher sich nicht im Besitze der Sache befinde, auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechts der Pfändung nicht widersprechen, dagegen seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung im Wege der Klage geltend machen könne, untergebens nicht anwendbar sei, weil dieser Paragraph sich nur auf Pfand- und Vorzugsrechte an beweglichen Sachen beziehe, der Klägerin ein solches aber nur an Immobilien zur Seite stehe. Nachdem die Klägerin es unterlassen habe, die Trennung der fraglichen Pfandobjekte von dem Gute zu verhindern, hätten dieselben in Folge der Veräußerung als bewegliches Gut ihre Immobilarqualität verloren, und stehe daher der Klägerin ein Vorzugsrecht an dem Erlöse auf Grund ihrer Hypothek nicht zu.

Die gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung wurde unter theilweise abweichender Motivirung vom Oberlandesgerichte verworfen aus folgenden

Gründen:

Es kann darüber kein Bedenken obwalten, daß die in dem Verkaufsprotokolle vom 28. Juli 1884 unter den Positionen 1 bis 17 und 19 aufgeführten Thiere und Geräthe, die von den Eigenthümern des Kröllenhofes auf dieses Hofgut zu dem Zwecke gebracht sind, um zu dessen Bewirthschaftung zu dienen, gemäß Art. 524 B. G.-B. kraft Destination unbewegliche Zubehörstücke des fraglichen Hofgutes bildeten und daher der Berufungsklägerin, beziehungsweise ihrem Rechtsvorgänger Johann Baptist van Straaten auf Grund der Hypothekenbestellung vor Notar Titz zu Xanten vom 9. August 1873 mit verpfändet waren, daß mithin eine Beschlagnahme dieses Hofgutes, wofern dieselbe zu einer Zeit erfolgt wäre, als jene Zubehörstücke sich noch auf demselben befanden, auch diese hätte ergreifen können, und daß eine Veräußerung der gedachten Pertinenzen seitens der Wittwe Görden nach der Beschlagnahme der Anfechtung der Berufungsklägerin unterlegen haben würde.

Da nun aber die Versteigerung der fraglichen Zubehörstücke auf Grund der Pfändungen vom 14. Januar, 16. Februar, 3. und 14. Juli 1884, welchen sich am 19. Juli 1884 auch die Berufungsklägerin und die übrigen Miterben des van Straaten angeschlossen hatten, unbestrittenermaßen vor Erwirkung der Beschlagnahme des Hofgutes seitens der Berufungsklägerin, mithin zu einer Zeit stattgefunden hat, als die Wittwe Görden selbst noch zur Veräußerung derselben berechtigt gewesen wäre, so war auch — entgegen der Annahme des ersten Richters — für die Berufungsklägerin die Voraussetzung des § 690 der Civ.-Pr.-O. mit Rücksicht darauf nicht gegeben, daß zur Zeit der Versteigerung der fraglichen Objekte ein die Veräußerung derselben hinderndes Recht zu ihren Gunsten nicht bestand, und erscheint es daher rechtsirrthümlich, wenn der erste Richter die Klage um deswillen abgewiesen hat, weil die Berufungsklägerin von ihrem Rechte aus § 690 cit. keinen Gebrauch gemacht habe.

Dagegen hat der erste Richter mit Recht angenommen, daß der Fall des § 710 der Civ.-Pr.-O. für die Berufungsklägerin um deswillen nicht vorgelegen habe, weil derselben ein Pfand- oder Vorzugsrecht im Sinne dieses Paragraphen, abgesehen von ihrem durch die Pfändung vom 19. Juli 1884 erlangten, den Pfändungspfandrechten aller übrigen Gläubiger nachstehenden Pfandrechte, an den fraglichen Gegenständen nicht zustand.

Aber gerade aus letzterem Grunde erscheint der Prinzipalanspruch der Berufungsklägerin auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse der Zwangsversteigerung vom 28. Juli 1884 unbegründet, da derselbe ein den Pfandrechten der übrigen Gläubiger vorgehendes Pfand- oder Vorzugsrecht der Berufungsklägerin zur Voraussetzung hat.

Wenn die Berufungsklägerin in dieser Instanz behauptet, daß sämmtliche Pfändungen der fraglichen Gegenstände auf Grund des § 715 Nr. 5 der Civ.-Pr.-O. ungültig und nicht im Stande gewesen seien, den Pfändungsbewirkern Ansprüche auf den Erlös der Pfandobjekte zu verschaffen, so entbehrt auch dieser Angriff jeder Begründung; denn ganz abgesehn davon, daß der § 715 Nr. 5 cit. nur das zum Wirthschaftsbetriebe unentbehrliche Geräthe, Vieh und Feldinventar als der Pfändung nicht unterworfen erklärt, es mithin immer noch des Nachweises bedürfte, daß auf alle in Rede stehende Pfandstücke dieses Kriterium zuträfe, ergibt sich aus den Motiven des Gesetzes und namentlich aus den von dem Regierungskommissar von Amsberg bei der Berathung des § 715 Nr. 5 wiederholt abgegebenen, von der Reichsjustizkommission als zutreffend anerkannten Erklärungen, daß im Einverständnisse des Schuldners die Pfändung auch dieser Gegenstände zulässig sein sollte, daß mithin, wenn dieser, wie im vorliegenden Falle, die Pfändung zugelassen hat, Dritte deren Unzulässigkeit geltend zu machen nicht berechtigt sind.

Hat sonach untergebens die Pfändung der streitigen Objekte, welcher sich übrigens, wie erwähnt, die Berufungsklägerin selbst angeschlossen hat, sowie der Verkauf derselben in gültiger Weise stattgefunden und die hierdurch bewirkte Aufhebung ihrer Bestimmung, kraft welcher allein sie als immobile Pertinenzen des Hofgutes galten, ihnen ihre frühere Mobilarqualität zurückgegeben, wurden mithin die fraglichen Objekte nach erfolgter Trennung vom Hofgute lediglich als bewegliche Gegenstände

verkauft, an welchen nach Art. 2119 des B. G.-B. der Berufungsklägerin ein hypothekarisches Recht nicht zustand, so läßt sich auch zu Gunsten der Letzteren kein droit de préférence an dem Erlöse derselben begründen, und hat demgemäß der erste Richter den Anspruch der Berufungsklägerin auf Geltendmachung eines solchen Rechtes, sei es durch direkte Erhebung des Geldes aus der Hinterlegungsstelle, sei es durch Ausscheidung eines entsprechenden Betrages zur Immobilarmasse, mit Recht abgewiesen.

Wenn die Berufungsklägerin sich zur Rechtfertigung des letzterwähnten Petitums, welches sie nunmehr als Eventualantrag dahin formulirt, „daß aus dem Steigerlöse vom 28. Juli 1884 ein Betrag von 2751 Mark ausgeschieden und von dem beim Amtsgerichte zu Xanten eingeleiteten Vertheilungsverfahren auszuschließen sei", auf eine angeblich für ihre Ansicht sprechende Doktrin und Praxis, insbesondere auf Aubry et Rau Bd. III S. 429 sich beruft, wonach der Hypothekargläubiger, welcher das droit de suite an den durch Trennung mobilar gewordenen früheren Pertinenzen eines verpfändeten Grundstücks verloren habe, nichtsdestoweniger sein droit de préférence an dem Preise dieser Gegenstände so lange bewahre, als nicht dessen Vertheilung unter die übrigen Gläubiger stattgefunden habe, so ist demgegenüber zu bemerken, daß die neuere französische Rechtsprechung (vergl. insbesondere Sirey 75. 2. 135,68. 1. 9 und ebenso das Urtheil im Rh. Archiv Band 57. 1. 11) diesen in älteren Judikaten (z. B. Sirey 16. 2. 46,17. 1. 359) übrigens ohne nähere Begründung ausgesprochenen Satz nur in dem auch in dem Aufsatze Puchelt Zeitschrift I S. 322 erwähnten Falle für zutreffend erachtet hat, wenn solche Pertinenzen durch den definitiven Syndik einer Fallitmasse getrennt von den durch Lizitation zum Verkaufe gebrachten Fallimentsimmobilien verkauft worden sind, und namentlich, wenn dieser Verkauf auf Grund einer Präsidialordonnanz unter Vorbehalt der Rechte der Hypothekargläubiger gestattet worden war. Und in der That rechtfertigt sich für diese Fälle der von Aubry & Rau loc. cit. allgemein ausgesprochene Satz aus der Erwägung, daß nach ausgesprochener Falliterklärung die Rechtsverhältnisse aller Gläubiger fixirt und dem Gemeinschuldner alle Verfügungen über sein Vermögen, durch welche die Rechte der Hypothekargläubiger vermindert würden, entzogen sind, daß mithin aber auch der Syndik als

Vertreter des Gemeinschuldners nicht berechtigt sein kann, eine die Hypothekargläubiger schädigende Mobilisirung von Pertinenzstücken herbeizuführen und hierdurch dasjenige Recht der Hypothekargläubiger zu vereiteln, welches dieselben — wie bei Fallimentsimmobilien nach Art. 532 des Rhein. Handelsgesetzbuchs nicht statthaft — im Falle einer Subhastation durch die einer solchen vorangehende Beschlagnahme sich zu sichern vermocht hätten.

Was das bei Sirey 68. 1. 9 abgedruckte Urtheil anlangt, so mag übrigens noch hervorgehoben werden, daß die Redaktionsnote zu demselben ausdrücklich auf die Ausführungen in Marcadé-Pont Band X Nr. 416 verweist, welcher Schriftsteller seinerseits auf das Entschiedenste den Satz verficht, daß die Hypothekargläubiger an dem Erlöse der als Mobilar verkauften früheren Pertinenzstücke von Immobilien kein Präferenzrecht geltend machen können, wie denn auch Puchelt Hypothekarrecht I S. 26, 27 in der Note 11 ausdrücklich auf die Ausführungen in Marcadé-Pont X Nr. 367, 415—418 Bezug nimmt (vergl. Bessel, Subhastationsordnung S. 80).

III. Senat. Sitzung vom 20. Oktober 1886.

Rechtsanwälte: Cardauns — Gorius.

Zuwachsrecht. — Dampfmaschine. — Einbringung durch den Miether. — Pfändung und Versteigerung. — Rechte des Vermiethers.

Die Bestimmungen der Art. 551, 553 und 555 des B. G.-B. über das Zuwachsrecht an unbeweglichen Sachen finden nur Anwendung auf solche mit den Immobilien verbundene Gegenstände, welche, wie z. B. Baumaterialien und dergl., durch die Verbindung ihre selbständige Existenz als solche verlieren und Theile des Immobile werden, nicht aber auch auf solche Gegenstände, welche, wie z. B. Dampfmaschinen, trotz der Verbindung ihre selbständige Eigenschaft, Existenz und Bezeichnung als solche behalten.

Derartige Gegenstände accresciren dem Immobile in Gemäßheit des Art. 524 des B. G.-B. nur dann,

wenn sie von dem **Eigenthümer** des Grundstücks mit der Zweckbestimmung, für dasselbe zu dienen, eingebracht sind, nicht aber auch, wenn sie von Dritten, beispielsweise einem Miether, eingebracht werden.

Der Vermiether eines Fabriklokals ist nicht befugt, der Pfändung und Versteigerung einer von dem Miether in dasselbe eingebrachten, wenn auch eingemauerten Dampfmaschine zu widersprechen (§ 710 der C.-Pr.-O.) und dieselbe nach erfolgter Versteigerung für seine Miethforderung zu pfänden, sowie die Herausgabe an den Ansteigerer zu verweigern. Thut er dieses dennoch, so ist er dem Ansteigerer gegenüber schadensersatzverbindlich.

Stark — Kauertz.

Auf Anstehen des Simon Zerumfall wurde gegen die Eheleute Jakob Bollmann zu Aachen in einem von diesen von dem Bauunternehmer Kauertz daselbst gemietheten Fabriklokale eine Dampfmaschine mit Kessel und Zubehör gepfändet und bei der demnächstigen Versteigerung am 30. September 1885 dem Althändler Joseph Stark zu Aachen zugeschlagen. Diese Maschine war von der früheren Anmietherin des Fabriklokals, der Firma Finken & Sohn, in dasselbe gebracht und von dem Nachfolger in der Miethe, dem Jakob Bollmann, zum Gebrauche bei der Kratzenfabrikation übernommen worden.

Demnächst ließ am 5. Oktober 1885 der Vermiether Kauertz die noch in dem Fabriklokale befindliche Maschine für rückständige Miethe gegen die Eheleute Bollmann pfänden und verweigerte die Herausgabe derselben an Stark.

Stark erhob nunmehr Klage gegen Kauertz mit dem Antrage, zu erkennen, daß Kläger Eigenthümer der in Rede stehenden Maschine sei, demgemäß die Pfändung des Beklagten aufzuheben und denselben zum Schadensersatze zu verurtheilen.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage und im Wege der Widerklage Verurtheilung des Klägers zum Schadensersatz.

Das Landgericht zu Aachen wies durch Urtheil vom 9. Dezember 1885 die Klage, sowie die Widerklage ab. Dasselbe nahm an, daß die Dampfmaschine durch die Inkorporation in

das Fabrikgebäude in das Eigenthum des Beklagten als Eigenthümers der Fabrik übergegangen und auch immobilar geworden sei. Es sei daher bei der Versteigerung an den Kläger eine dem Schuldner nicht zugehörige Sache verkauft worden; zudem liege die Pfändung einer unbeweglichen Sache vor, die deshalb nichtig sei; Kläger sei daher aus diesem doppelten Grunde nicht Eigenthümer der von ihm angesteigerten Maschine geworden.

Auf eingelegte Berufung erkannte das Oberlandesgericht reformatorisch dem Klageantrage gemäß aus folgenden

Gründen:

Unter den Parteien steht thatsächlich fest, daß die Dampfmaschine, sowie die beiden Tambours, welche der Berufungskläger als sein Eigenthum beansprucht, von der Firma Finken & Sohn, einer früheren Anmietherin des fraglichen, dem Berufungsbeklagten zugehörigen Fabriklokals, in dasselbe eingebracht, von dieser bei ihrem Abzuge daselbst zurückgelassen und sodann von dem Nachfolger in der Miethe, dem Jakob Bollmann, zum Gebrauche bei der Kratzenfabrikation übernommen worden sind. Hiernach muß aber die von dem ersten Richter gebilligte Annahme des Berufungsbeklagten, daß die fragliche Maschine durch Accession, beziehungsweise durch Inädifikation unbeweglich und als Theil des Fabriklokals Eigenthum des Berufungsbeklagten geworden sei, als rechtsirrthümlich angesehen werden.

Denn die Vorschriften der Art. 551, 553 und 555 des B. G.-B., welche bestimmen, daß Alles, was mit einem Immobile vereinigt und incorporirt wird, dem Eigenthümer desselben zugehört, daß bezüglich aller Anlagen, Pflanzungen und Werke auf einem Grundstücke die Vermuthung gilt, daß sie auf Kosten des Eigenthümers angelegt sind und diesem zugehören, daß aber, wenn dieselben von Dritten, zum Beispiel von Miethern, angelegt worden sind, der Eigenthümer das Recht hat, dieselben zu behalten oder deren Beseitigung zu verlangen, beziehen sich überhaupt nicht auf die von dem Gesetze als „immeubles par destination" angesehenen Gegenstände (Art. 524, 525 des B. G.-B.), sondern nur auf die eigentlichen, ihrer Natur nach unbeweglichen Sachen (Art. 518, 519 des B. G.-B.). Zu letzteren gehören allerdings, abgesehen von den Gebäuden und sonstigen baulichen Anlagen, auch diejenigen an sich beweglichen Sachen, welche durch ihre

Vereinigung und Inkorporation mit denselben in der Art integrirende Bestandtheile der Gebäude geworden sind, daß sie, wie z. B. Baumaterialien, ihre selbständige Existenz, ihre Individualität und sogar ihre Bezeichnung verloren haben und, nachdem sie in das Gebäude aufgegangen sind, mit diesem ein Ganzes bilden; aber diese Voraussetzung trifft auf Dampfmaschinen, welche ein Miether in ein Fabriklokal eingebracht hat, um sich derselben bei der bestimmungsmäßigen Benutzung dieses Lokals zu bedienen, selbst wenn sie durch Vermauerung oder anderweitige Befestigung mit dem Gebäude in Verbindung gebracht sein sollten, aus dem Grunde nicht zu, weil dieselben nach wie vor ihre Individualität, ihre selbständige Natur, ihren besonderen Namen beibehalten und, ohne das Gebäude zu ändern oder dessen Benutzbarkeit als solches in Frage zu stellen, wieder entfernt und in einem anderen Gebäude zu gleichem Zwecke wieder verwendet werden können. Vielmehr sind Dampfmaschinen nach Art. 524 des B. G.-B. nur insofern als „immeubles par destination" anzusehen, als sie von dem Eigenthümer eines Gebäudes oder Grundstücks zur Exploitation desselben zu Fabrikzwecken dorthin gebracht oder mit dem Gebäude oder Grundstücke für immer in der durch Art. 525 B. G.-B. näher bezeichneten Weise verbunden worden sind. Dieser Fall liegt aber untergebens nicht vor, weil, wie auch immer die Befestigung der Dampfmaschine und der beiden Tambours in dem Fabriklokale bewirkt worden sein mag, der Berufungsbeklagte selbst nicht behauptet, daß er dieselben in das Fabriklokal eingebracht beziehungsweise für immer mit diesem in Verbindung gesetzt habe.

Hiernach sind die Beweiserbieten des Berufungsbeklagten über die Art der Befestigung der Maschine und über die Schwierigkeit ihrer Entfernung aus dem Fabriklokale unerheblich. Ob etwa, wenn letztere eine theilweise Zerstörung des Mauerwerks erforderlich machen sollte, hieraus für den Berufungsbeklagten Entschädigungsansprüche entstehen, bedarf in dem vorliegenden Prozesse keiner Erörterung.

Allerdings waren die von Finken & Sohn als Mobilien in die Fabrik eingebrachten und, wie ausgeführt, beweglich gebliebenen Maschinen, nachdem der Nachmiether Jakob Bollmann dieselben übernommen, als invecta et illata des Letzteren dem Vorzugsrechte des Berufungsbeklagten gemäß Art.

2102 Nr. 1 des B. G.=B., des § 41 Nr. 4 der Konkursordnung und des § 7 des Ausführungsgesetzes zu derselben unterworfen. Dieser konnte jedoch nach der Vorschrift des § 710 der Civilprozeßordnung deren Pfändung und Verkauf durch den Nebenintervenienten Zerumsfall nicht verhindern, vielmehr wurde der Berufungskläger auf Grund der Zwangsversteigerung vom 30. September 1885 Eigenthümer derselben, und es bedarf in dem vorliegenden Prozesse keiner Untersuchung der Frage, in welcher Weise der Berufungsbeklagte sein Vorzugsrecht an dem dem Nebenintervenienten Zerumsfall ausgezahlten Steigerlöse hätte geltend machen können, und welche Rechte ihm in dieser Hinsicht etwa noch jetzt gegen den Nebenintervenienten zustehen. Da aber mit der Zwangsversteigerung das Vorzugsrecht des Berufungsbeklagten an der streitigen Dampfmaschine und den beiden Tambours erlosch, und der Berufungskläger dieselben, von diesem Vorzugsrechte befreit, erwarb, so war der Berufungsbeklagte auch nicht berechtigt, durch die am 5. Oktober 1885 gegen Bollmann bewirkte Pfändung derselben ein angebliches Vorzugsrecht für seine Miethforderung geltend zu machen. Denn nachdem die fraglichen Gegenstände durch den Zwangsverkauf ihre Eigenschaft als Illaten des Bollmann verloren hatten, waren dieselben dadurch, daß der Berufungskläger sie nicht sofort aus dem Fabriklokale entfernt hat, keineswegs auf's Neue Illaten des Bollmann geworden. Nur in dem Falle könnte letzteres angenommen werden, wenn der Berufungskläger diese Maschinen, nachdem er sie angesteigert, ohne dem Berufungsbeklagten von seinem Eigenthumserwerbe Mittheilung gemacht zu haben, dem Bollmann zur ferneren Benutzung in dem von ihm angemietheten Lokale überlassen hätte, da sie unter dieser Voraussetzung als von Neuem in das Miethlokal eingebracht angesehen werden müßten und nach Art. 2102 Nr. 1 des B. G.=B., wenn sie auch nicht dem Miether selbst zugehörten, von dem Vorzugsrechte des gutgläubigen Vermiethers ergriffen worden wären.

Aber dieser Fall liegt nach den eigenen Erklärungen des Berufungsbeklagten in seiner Eidesacceptation untergebens nicht vor. Denn hiernach hat Berufungskläger dem Berufungsbeklagten nach der Zwangsversteigerung vom 30. September 1885 mitgetheilt, daß er die fraglichen Maschinen angekauft, und ihn gefragt, ob er dieselben noch eine Zeit lang in dem Fabrik-

lokale stehen lassen dürfe, was ihm der Berufungsbeklagte, allerdings mit dem rechtlich bedeutungslosen Vorbehalte, daß er, da Vollmann ihm noch Miethe schulde, die Maschinen nicht herausgeben werde, gestattet zu haben einräumt. Da nun aber der Berufungsbeklagte trotz seiner Kenntniß von dem Eigenthum des Berufungsklägers, also widerrechtlich die Pfändung der Dampfmaschine und der beiden Tambours bewirkt hat, auch angenommen werden kann, daß er durch diesen widerrechtlichen Eingriff in die Rechte des Berufungsklägers demselben in sofern Schaden zugefügt, als dieser in Folge der seit länger als einem Jahre bestehenden Pfändung in der freien Verfügung über die Maschinen verhindert gewesen ist, so erscheint auch der Anspruch des Berufungsklägers auf Verurtheilung des Berufungsbeklagten zum Ersatz des ihm hierdurch verursachten Schadens begründet.

III. Senat. Sitzung vom 10. November 1886.

Rechtsanwälte: Schmitz — Rieth.

Hypothekenbestellung. — Rechtswirksamkeit. — Acceptation seitens des Gläubigers. — Form derselben.

Zur Gültigkeit einer vertragsmäßigen Hypothek bedarf es nicht der Acceptation derselben durch den Gläubiger **in notarieller Form**; vielmehr kann diese Acceptation in jeder Form, insbesondere auch stillschweigend durch konkludente Handlungen, beispielsweise durch die im Auftrage des Gläubigers bewirkte Inscription, gültig erfolgen.

Achterath — Lüps.

Durch einen Akt vor Notar Herkenrath zu Geldern vom 10. Juli 1843 gaben die Eheleute Johann Achterath und Maria geb. Knoops, sowie fünf aus der ersten Ehe der Maria Knoops stammende Kinder die Erklärung ab, dem zu Orsoy wohnenden Johann Heinrich Lüps die Summe von 1800 Thalern zu verschulden, und stellten gleichzeitig dem genannten Gläubiger eine Reihe von Grundstücken zur Hypothek. In dem Akte wird bemerkt, daß der Schuhmacher Heinrich Forth zu

Geldern das obige Bekenntniß Namens des Gläubigers acceptirt habe.

In einem von Wilhelm und Elisabeth Achterath über die Rechtsbeständigkeit dieser am 17. Juli 1843 auf Antrag des Heinrich Lüps beim Hypothekenamte zu Crefeld inscribirten Obligation zum Landgerichte Cleve angestrengten Prozesse wurde klägerischerseits in zweiter Instanz unter Anderem geltend gemacht, durch den Akt vom 10. Juli 1843 sei keine wirksame Hypothek begründet worden, weil er keine Acceptation der beabsichtigten Hypothekenbestellung seitens des Gläubigers enthalte, überdies aber der das Schuldbekenntniß acceptirende Forth keine Vollmacht gehabt habe.

Diese Einrede wurde vom Oberlandesgerichte als unbegründet verworfen aus folgenden

Gründen:

Was zunächst die von den Berufungsklägern angefochtene Gültigkeit der Hypothekenbestellung vom 10. Juli 1843 anlangt, so kann dieselbe Angesichts der Vorschrift des Art. 2127 des B. G.-B. in Verbindung mit dem Umstande, daß der Gläubiger Johann Heinrich Lüps die ihm seitens der Eheleute Achterath und Kinder Holthoff bewilligte Hypothek durch die Inscription derselben thatsächlich acceptirt hat, keinem Bedenken unterworfen sein. Denn die Hypothekenbestellung ist an sich ein einseitiger Akt, und Art. 2127 cit. bezieht sich seinem klaren Wortlaute und Inhalte nach nur auf die Bestellung der Hypothek, nicht aber auf die Annahme der Hypothekenbestellung durch den Gläubiger. Vielmehr ist für letztere eine Form im Gesetze überhaupt nicht vorgeschrieben, sie kann daher auch stillschweigend durch concludente Handlungen, als welche sich unter anderen die Inscription darstellt, erfolgen (vergl. Puchelt Hypothekenrecht Band I S. 142, Marcadé-Pont Nr. 659, Puchelt Zeitschrift Band I S. 9—11).

Der abweichenden, wesentlich auf die Vorschrift des Art. 2117 [a] des B. G.-B. gestützten, neuerdings besonders von Laurent Band 30 Nr. 440, 449, 450 vertretenen Ansicht gegenüber, wonach es einer notariellen Acceptation der Hypothekenbestellung seitens des Gläubigers bedürfen soll, muß darauf hingewiesen werden, daß der Art. 2117 cit. nichts weiter bestimmt, als daß die Conventional-Hypothek, im Gegensatz zu der gesetzlichen Hypothek und zur Urtheilshypothek, nur

durch den Consens der Parteien zu Stande kommt, und daß dieser Consens in der durch das Gesetz gewollten Form zum Ausdruck gebracht sein muß, daß Art. 2117 cit. aber keineswegs diese Form selbst vorschreibt, eine hierauf bezügliche Vorschrift vielmehr gerade erst im Art. 2127 cit. insofern getroffen wird, als derselbe für die Bewilligung der Hypothek, also für die Willenserklärung des Schuldners, die notarielle Form vorschreibt, während, wie bereits erwähnt, für die acceptirende Willenserklärung des Gläubigers weder hier, noch durch eine andere gesetzliche Bestimmung eine Vorschrift getroffen ist.

III. Senat. Sitzung vom 6. Oktober 1886.

Rechtsanwälte: Am Zehnhoff — Schmitz.

Stempel. — Zahlung mit Vorbehalt. — Rechtsweg. — Verzicht auf eine Apotheker-Conzession. — Werthstempel.

Die gerichtliche Klage auf Rückzahlung eines defektirten und eingezahlten Stempelbetrages ist auch dann zulässig, wenn der Vorbehalt bei der Zahlung an den instrumentirenden Notar und nicht auch der Steuerbehörde gegenüber erklärt worden ist.

Der bei dem Verkaufe eines Hauses, in welchem eine Apotheke betrieben wird, für den Verzicht auf die Apotheker-Conzession vereinbarte Betrag unterliegt nicht dem Werthstempel.*)

Provinzial-Steuerdirektion zu Köln — Gelderblom.

Durch Akt vor Notar Tils zu Schleiden vom 27. Juli 1884 kaufte Bernard Gelderblom von dem damaligen Apothekenbesitzer Friedrich Wilhelm Gelderblom zu Blumenthal dessen daselbst gelegenes Haus nebst den darin sich befindenden, zum Betriebe der Apotheke dienenden Geräthschaften. Auch leistete Verkäufer Verzicht auf die ihm zustehende Conzession zum Betriebe der Apotheke in Blumenthal. Als Kaufpreis waren vereinbart für die Immobilien 6000 Mark, für das Mobilar 3000 Mark; für den Verzicht auf die Conzession seitens des Verkäufers sollte der Käufer 36000 Mark Entschädigung zahlen.

*) Vergl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 13 S. 265. In gleichem Sinne hat auch der II. Senat des Reichsgerichts i. S. Steuerfiskus — Call am 23. November 1886 erkannt.

Während der Notar für letztere Summe den Vertragsstempel von 1 Mark 50 Pfg. berechnete, brachte der Stempelfiskal für dieselbe den Mobilarwerthstempel von 1/3 Prozent in Ansatz, und hat der Käufer auch am 27. November d. J. den defektirten Stempel im Betrage von 119 Mark 50 Pfg. unter Vorbehalt dem Notar Tils zu Schleiden bezahlt.

Der Käufer Bernhard Gelderblom erhob Klage gegen die Provinzial-Steuerdirektion zu Köln auf Rückzahlung des Betrages von 119 Mark 50 Pfg. Die Beklagte bestritt die Zulässigkeit des Rechtsweges, weil der im § 12 des Gesetzes vom 24. Mai 1861 vorgeschriebene Vorbehalt bei der Zahlung nicht der Steuerbehörde gegenüber gemacht worden sei. Sodann erhob die Beklagte gleichzeitig mit dem Antrage auf Abweisung der Klage Widerklage auf Zahlung von 239 Mark, indem sie geltend machte, daß für den Betrag von 36000 Mark der Immobilarstempel mit 1 Prozent vom Kläger geschuldet werde. Das Landgericht erkannte durch Urtheil vom 3. Februar 1886 dem Klageantrage gemäß und wies die Widerklage ab.

Die gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung verwarf das Oberlandesgericht aus folgenden

Gründen:

Den Einwand des Beklagten, betreffend die Unzulässigkeit der erhobenen Klage, hat der erste Richter zutreffend als unbegründet bezeichnet. Ausweislich der betreffs ihrer Echtheit nicht angefochtenen Quittung vom 27. November 1885 hat Kläger den von dem Stempelfiskal nachgeforderten Stempel von 119,50 Mark unter Vorbehalt seines Rückforderungsrechtes gegen den Fiskus an den bei Aufnahme des stempelpflichtigen Aktes fungirenden Notar Tils entrichtet und damit dem gesetzlichen Erfordernisse des § 12 des Gesetzes über die Erweiterung des Rechtsweges vom 24. Mai 1861 genügt. Denn abgesehen davon, daß dieses Gesetz die Erklärung des Vorbehalts vor der Steuerbehörde selbst nicht fordert, erscheint das dahin gehende Verlangen des Beklagten ebenso unbillig, wie sachlich nicht begründet. Der Notar ist der amtliche Vertreter der Staatsbehörde in der Beikassirung der Stempel für notarielle Akte, und liegt es daher sowohl im Sinne des obigen Gesetzes, als im Interesse des zumal mit den einschlägigen Verhältnissen nicht

genügend bekannten Publikums, daß, wenn für die Nachzahlung eines Stempels der Notar die zuständige Behörde ist, derselbe auch zur Aufnahme resp. zur Entgegennahme der Vorbehaltserklärung legitimirt sei, zumal nach dem Wortlaute des Gesetzes („mit Vorbehalt geleisteter Zahlung") die Gleichzeitigkeit der Zahlung und des Vorbehalts verlangt wird. In der Sache selbst kommt es zunächst darauf an, ob der Vereinbarung, welche in dem notariellen Akte als Uebertragung des (Apotheker-) Geschäfts und der demselben anhängenden Kundschaft, resp. als der darauf geschehene Verzicht bezeichnet wird, der Charakter eines Kaufvertrages innewohnt.

Die Frage ist zu verneinen; denn da der Gegenstand einer solchen Uebertragung die Befugniß zur Weiterführung des Apothekergewerbes sein würde, diese Befugniß indessen ein höchst persönliches und daher unveräußerliches Recht des jedesmaligen conzessionirten Apothekers ist, so würde jenem Uebertragungsvertrage das wesentlichste Element, nämlich der Gegenstand der Uebertragung, fehlen. Wenn man indessen den ganzen Wortlaut der obigen Vertragsbestimmung berücksichtigt, so wird es sofort klar, wie die Contrahenten zu jener juristisch unhaltbaren Bezeichnung gelangt sind, und daß auch nach ihrer Meinung die 36000 Mark nichts, als eine Vergütung für den Verzicht auf die Apothekerconzession sein sollten. Denn daß ein solcher in der That einen vermögensrechtlichen Werth darstellt, ist nicht wohl zu bezweifeln, indem regelmäßig — vergl. Ministerialblatt für innere Verwaltung Jahrgang 1846 Seite 209 — die Verleihung der Conzession zum Fortbetrieb einer Apotheke seitens der Verwaltungsbehörde von dem Verzichte des bisherigen Besitzers der Apotheke auf die Conzession abhängig gemacht wird.

Ein solcher Verzicht trägt daher jedenfalls wesentlich dazu bei, dem Erwerber einer Apotheke die Conzessionsverleihung und damit den Uebergang des Geschäftsbetriebes mit der anhängenden Kundschaft zu sichern, und erscheint die Stipulation einer Vergütung für einen derartigen Verzicht ebenso gesetzlich zulässig, wie es augenscheinlich ist, daß die Contrahenten im vorliegenden Falle nichts Anderes haben stipuliren wollen. Die s. g. Uebertragung des Geschäftes nebst der anhängenden Kundschaft, die eben der Zweck und die voraussichtliche Folge des Verzichtes war, ist daher, wie Kläger richtig bemerkt, als eine **falsa demonstratio** zu bezeichnen.

Der beklagte Stempelfiskus sucht seinen Anspruch noch aus dem Gesichtspunkte zu rechtfertigen, daß er ausführt, es sei nur zum Scheine ein so hoher Preis für die Ueberlassung der Conzession stipulirt worden, während nach der wahren Absicht der Contrahenten diese Summe ein Aequivalent für die durch den Verzicht auf die Conzession erzielte Wertherhöhung der Grundstücke darstelle, so daß auch um deswillen der Vertrag dem Immobilarkaufstempel unterliege.

In dieser Hinsicht hat schon der erste Richter zutreffend ausgeführt, daß der vermögensrechtliche Werth eines derartigen Verzichtes in der Fortführung des Apothekergewerbes bestehe, der Betrieb desselben aber keineswegs an das betreffende Grundstück gebunden sei, mithin dadurch auch keine Wertherhöhung desselben eintrete.

Wenn bei Vergleichung des für die Immobilien angesetzten Kaufpreises von 6000 Mark mit dem Betrage der darauf lastenden Hypothekenschuld von 33000 Mark auch Grund zu der Annahme vorläge, daß in Wahrheit ein höherer Kaufpreis vereinbart worden sei, so würde dies ebenso, wie die Andeutung, daß die Abschreibung von 36000 Mark des Kaufpreises auf die Cessionsvaluta lediglich behufs geringerer Berechnung des Kaufstempels erfolgt sei, zur Sache unerheblich sein. Denn wie die vereinigten Strafsenate des Preußischen Obertribunals am 9. März 1857 (Band 36 der Entscheidungen S. 441) mit eingehender und überzeugender Begründung entschieden haben, kommt für die Berechnung des Kaufstempels der abweichend von dem schriftlichen Kaufvertrage mündlich verabredete Kaufpreis um deswillen nicht in Betracht, weil nach § 5 des Stempelsteuergesetzes von 1822 der „bestimmte“ Kaufpreis, d. h. die in der schriftlichen Urkunde angegebene Kaufsumme, für die Berechnung des Stempels das allein Maßgebende ist, mit anderen Worten, weil nach dem Sinne des Gesetzes nicht die Willenserklärung selbst, sondern ihre schriftliche Abfassung besteuert werden sollte.

Demnach kann der Beklagte von der Summe von 36000 Mark weder einen Mobilar-, noch einen Immobilarkaufstempel verlangen, und war der ursprünglich von dem Notar kassirte Stempelbetrag von 1,50 Mark, den das Gesetz für „nicht besonders genannte Verträge“ fordert, der richtige.

I. Senat. Sitzung vom 2. Juni 1886.

Rechtsanwälte: Vagedes — Schmitz.

Polizeiliche Verfügungen. — Unzulässigkeit des Rechtsweges.

Die Bestimmungen des Gesetzes vom 11. Mai 1842 über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen sind durch den § 11 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze nicht berührt worden.

Höhe — Stadt Düsseldorf.

Zur Zeit der Gewerbe-Ausstellung zu Düsseldorf hatte der Beigeordnete Feistel in Vertretung des Oberbürgermeisters die bestehende, in einer Polizeiverordnung enthaltene Vorschrift, wonach Wagen auf öffentlichen Straßen und Plätzen zum Gebrauche für Jedermann nur dann bereit gehalten werden dürfen, wenn die polizeiliche Erlaubniß ertheilt und der betreffende Wagen nummerirt und in das polizeiliche Register eingetragen ist, durch öffentliche Bekanntmachung mit der Ankündigung in Erinnerung gebracht, daß die Polizeibeamten angewiesen seien, die nicht nummerirten Wagen der Hauderer von den öffentlichen Straßen wegzuweisen und im Wiederholungsfalle zwangsweise auf Kosten der Widerspenstigen unter sicherer Bewachung anderweit einzustellen. Der Fuhrunternehmerin Maria Höhe war ein Gleiches zu polizeilichem Protokolle besonders eröffnet worden mit der Ankündigung, daß bei ferneren Zuwiderhandlungen die zwangsweise Einstellung der betreffenden Miethwagen bis dahin erfolgen würde, daß ihrerseits genauere Befolgung der betreffenden Vorschriften gesichert erscheine.

Es wurden hierauf zu 4 verschiedenen Malen Miethwagen der Höhe polizeilich angehalten, auf kürzere und längere Zeit, zuletzt 40 Tage anderweit eingestellt, die Kosten der Unterbringung demnächst von der Eigenthümerin exekutivisch beigetrieben. Ein Vorfall bei einer dieser Beschlagnahmen führte zur vorläufigen Festnahme der Höhe und ihres in ihrem Dienste stehenden Bruders, sowie zur Erhebung einer Anklage gegen Beide wegen Widerstandleistung, welche mit Freisprechung endete (vergl. Rh. Arch. 74. II. S. 94).

Maria Höhe, deren Beschwerde über das Verfahren der Polizeibehörde seitens der Kgl. Regierung zu Düsseldorf zurückgewiesen wurde, erhob gegen den Beigeordneten Feistel, den Polizeikommissar von Lamven, gegen diesen als wegen zweier Fälle mitverhaftet,

und gegen die Stadt Düsseldorf, als nach Art. 1384 des B. G.-B. haftbar, Klage auf Ersatz des ihr durch die Entziehung ihres Fuhrwerks, sowie der Pferde in Folge der Einstellung und durch die Inhaftnahme erwachsenen Schadens und auf Erstattung der von ihr eingezogenen Kosten. Dieser auf die Behauptung der Widerrechtlichkeit der fraglichen Maßregeln gestützten Klage wurde die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges auf Grund des Gesetzes vom 11. Mai 1842 entgegengesetzt. Das Königl. Landgericht zu Düsseldorf erachtete diese Einrede für durchschlagend und wies durch Urtheil vom 24. Juli 1884 die erhobene Klage ab.

Zur Begründung der hiergegen von der Klägerin eingelegten Berufung wurde unter Anderem geltend gemacht, daß für den gegen die beklagten Beamten wegen Ueberschreitung ihrer amtlichen Befugnisse klagend verfolgten Anspruch der Rechtsweg offen stehen müsse, da alle landesgesetzlichen Bestimmungen, durch welche die civilrechtliche Verfolgung öffentlicher Beamten wegen der in Ausübung ihres Amtes vorgenommenen Handlungen an besondere Voraussetzungen gebunden gewesen seien, durch § 11 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze aufgehoben, ein Competenz-Konflikt nach Maßgabe der Bestimmung des § 11 Abs. 2 cit. aber nicht erhoben sei.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung verworfen aus folgenden, die vorerwähnte Frage betreffenden

Gründen:

Der Auffassung des ersten Richters über die Bedeutung der Bestimmung des § 11 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze für die Landesgesetzgebung und über die Auslegung des Gesetzes vom 11. Mai 1842 ist durchweg beizupflichten.

Dieses letztere Gesetz hat nur in sachlicher Beziehung die Zuständigkeit von Justiz- und Verwaltungsbehörden geregelt, nicht aber bezweckt, eine Klasse von Beamten der persönlichen Verfolgbarkeit zu entziehen oder letztere zu erschweren. Daß in Folge dieser Competenzbestimmung die persönliche Verfolgbarkeit der Polizeibeamten beschränkt wurde, ändert an dieser Bedeutung des Gesetzes nichts. Insbesondere kann aus der Bestimmung im § 6 des Gesetzes nichts Gegentheiliges gefolgert werden. Sie behält für den Fall der Aufhebung der polizeilichen Verfügung durch die zuständige vorgesetzte Behörde wegen

Gesetzwidrigkeit oder Unzulässigkeit derselben den Betheiligten ihre Gerechtsame nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Vertretungsverbindlichkeit der Beamten vor, gewährt also, abgesehen von der Bestimmung über die Zuständigkeit zur Entscheidung über Gesetzmäßigkeit und Zulässigkeit der Polizeiverfügung, den Polizeibeamten keinen besonderen Schutz, namentlich nicht wegen Ueberschreitung der amtlichen Befugnisse bei Ausführung einer polizeilichen Maßregel. Bei gegentheiliger Annahme würden die gedachten Bestimmungen auch mit Art. 97 der Verfassung unvereinbar sein.

Ist dies aber die Bedeutung des Gesetzes vom 11. Mai 1842, so wird dasselbe auch nicht durch die Bestimmung des § 11 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze berührt.

Unter die in Absatz 1 dieses Gesetzparagraphen bezeichneten landesgesetzlichen Bestimmungen fällt in Preußen nur das Gesetz vom 13. Februar 1854. Die Entstehungsgeschichte des § 11 des Einführungsgesetzes bietet keinen Anhalt dafür, daß derselbe einen weitergehenden Eingriff in die die Befugnisse der administrativen und richterlichen Behörden abgrenzende landesgesetzliche Organisation habe bewirken sollen. Die hier gebilligte, auch in der Litteratur (vergl. die Noten zu § 11 cit. in den Commentaren von Struckmann und von Wilmowski & Levy, siehe auch Rönne, Staatsrecht 4. Aufl. I. S. 509 Anm. 2) vertretene Meinung steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Entscheidung der Competenzkonflikte (Erk. vom 12. Januar 1884, Minist.-Bl. für die innere Verw. S. 45) und des Ober-Verwaltungsgerichtshofes (Urth. vom 4. Februar 1882, Entsch. VIII S. 409) und mit der in dem Preußischen Organisationsgesetze vom 30. Juli 1883 in § 131 enthaltenen Bestimmung.

(Folgen Ausführungen thatsächlicher Natur, aus denen hergeleitet wird, daß es sich in Wirklichkeit bezüglich der in Rede stehenden Maßregeln um polizeiliche Verfügungen handelt.)

II. Senat. Sitzung vom 14. Oktober 1886.
Rechtsanwälte: Gorius — Schilling.

Ehescheidung. — Alimentation. — Art. 301 des B. G.-B.

Ist eine Ehe auf Klage des Ehemannes und gleichzeitig auf Widerklage der Ehefrau geschieden, so ist

die Ehefrau nicht als „celui, qui a obtenu le divorce“, im Sinne des Art. 301 des B. G.-B. zu erachten, und es kann derselben daher auch ein Alimentationsanspruch auf Grund dieser Bestimmung nicht zugesprochen werden.

Ehefrau W. — W.

Durch rechtskräftiges Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Köln vom 26. Oktober 1885 wurde die zwischen den Eheleuten W. daselbst bestehende Ehe und zwar auf die Klage sowohl, wie auf die erhobene Widerklage getrennt.

Demnächst erhob die geschiedene Ehefrau gegen ihren geschiedenen Ehemann Klage auf Theilung der Gütergemeinschaft, sowie auf Zahlung einer monatlichen Alimentation von 500 Mark. Das Landgericht zu Köln wies diesen Anspruch ab. Dasselbe erwog, es könne dahin gestellt bleiben, ob die Bestimmung des Art. 301 des B. G.-B., wonach das Gericht demjenigen Ehegatten, der die Ehescheidung ausgewirkt habe, eine Alimentationssumme zusprechen könne, auf die Klägerin Anwendung finde, da das Gericht nach der Bestimmung des Art. 301 nach den Umständen des Falles frei zu ermessen habe, ob ein derartiger Anspruch zuzusprechen sei, im vorliegenden Falle aber die Verhältnisse nicht derart lägen, um die Zuerkennung einer Alimentation an die Klägerin zu rechtfertigen.

Die gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung verwarf das Oberlandesgericht, indem es die vom Landgerichte unentschieden gelassene Frage der Anwendbarkeit des Art. 301 cit. in dem vorliegenden Falle verneinte, aus folgenden

Gründen:

Der von dem Beklagten aufgestellten Ansicht, daß der Art. 301 des B. G.-B., auf welchen Klägerin ihren Anspruch stützt, untergebens keine Anwendung finden könne, ist beizutreten.

Da dem Code eine Widerklage in Ehescheidungssachen nicht bekannt war, muß unter dem in dem bezogenen Artikel enthaltenen Ausdruck: „der Ehegatte, welcher die Ehescheidung ausgewirkt hat“, der obsiegende unschuldige Ehegatte verstanden werden. Wenn nun auch im vorliegenden Falle die Klägerin mit ihrer im Ehescheidungsprozesse erhobenen Widerklage durchgedrungen ist, so kann sie, indem sie in der Haupt-

klage unterlag, nicht als obsiegende unschuldige Partei angesehen werden. Es war daher, ohne daß auf eine weitere Prüfung der Sache und die Erhebung der klägerischerseits erbotenen Beweise einzugehen wäre, die Berufung unter der Annahme, daß Klägerin als nicht unschuldiger, vielmehr mitschuldiger Theil den Art. 301 des B. G.-B. — siehe auch Puchelt-Zachariä § 486 Anm. 5a — mit Erfolg für sich nicht anrufen kann, zu verwerfen. Dies entspricht auch der klar und deutlich aus den die Wirkungen der Ehescheidung betreffenden Bestimmungen des Code, namentlich aus den Bestimmungen der Art. 299 und 300 sich ergebenden Tendenz des Gesetzgebers, die dahin gerichtet ist, nur den unschuldigen Ehegatten hinsichtlich der aus dem bestandenen ehelichen Verhältnisse resultirenden Vortheile möglichst schadlos zu halten, umgekehrt aber dem schuldigen solche möglichst zu entziehen.

I. Senat. Sitzung vom 6. Oktober 1886.

Rechtsanwälte: Gorius — Adeneuer.

Kaufvertrag. — Ratenzahlung des Kaufpreises. — Uebergang des Eigenthums. — Pfändung. — Schadensforderung des Eigenthümers.

Wenn auch der Vertrag, durch welchen der Eigenthümer einer Sache dieselbe einem Anderen gegen eine Ratenzahlung mit der Verabredung überläßt, daß bei der letzten Ratenzahlung das Eigenthum auf den Letzteren übergehen soll, in Wirklichkeit trotz seiner Bezeichnung als Miethvertrag ein Kaufvertrag ist, so bleibt doch in einem solchen Falle der Verkäufer bis zur völligen vertraglichen Zahlung des Kaufpreises Eigenthümer der Sache.

Ist eine Sache im Besitze eines Dritten von einem Gläubiger desselben gepfändet und versteigert worden, so geht der Schadensersatzanspruch des Eigenthümers gegen diesen Gläubiger nicht dadurch verloren, daß der Eigenthümer es versäumt hat, der Veräußerung auf Grund des § 690 der Civ.-Pr.-O. im Wege der Klage zu widersprechen.

Schultze — Böllinghaus.

Durch einen schriftlichen Vertrag vom 7. Mai 1883 hatte der Billard-Fabrikant Leopold Schultze zu Berlin durch Vermittelung des Agenten Brüning zu Remscheid dem Gastwirthen Albert Hackländer zu Struck bei Remscheid ein Billard, wie es in dem Vertrage heißt, „vermiethet" gegen sofortige Zahlung von 100 Mark und eine vierzehnmalige Ratenzahlung von je 40 Mark, wofür dem Schultze sofort 14 Wechsel gegeben wurden. Am Schlusse des Vertrages erklärte Schultze, daß er nach vollständiger Leistung dieser Zahlungen nicht abgeneigt sei, dem Hackländer das Billard durch besonderen Kaufvertrag zu überlassen und die Miethzahlungen als Kaufpreis anzurechnen. Demnächst wurde durch die Vernehmung des Agenten Brüning und des Hackländer als Zeugen festgestellt, daß es von vornherein Verabredung der Parteien war, daß zwar bis zur letzten Ratenzahlung das Billard Eigenthum des Schultze bleiben, mit dieser Zahlung aber das Eigenthum auf Hackländer übergehen solle. Unter'm 6. September 1883 ließ der Metzger Hermann Böllinghaus zu Remscheid gleichzeitig mit anderen Mobilarstücken das Billard mit Zubehör gegen Hackländer pfänden und dasselbe, trotzdem ihm, sowie dem fungirenden Gerichtsvollzieher gegenüber seitens des Schultze unter Vorlegung des fraglichen Vertrages einige Tage vorher der Anspruch auf Freilassung erhoben war, am 29. April 1884 öffentlich versteigern.

Schultze erhob dieserhalb Klage auf Schadensersatz gegen Böllinghaus; er behauptete in erster Linie, das Billard nur vermiethet, nicht verkauft gehabt zu haben; wenn aber auch der Vertrag vom 7. Mai 1883 als ein Kaufvertrag zu erachten wäre, so sei er jedenfalls noch Eigenthümer zur Zeit der Pfändung und Versteigerung gewesen, da damals die Ratenzahlungen noch nicht erfolgt gewesen seien.

Der Beklagte erwiderte, der Vertrag sei ein reiner Kaufvertrag gewesen, also auch das Eigenthum mit Abschluß desselben auf Hackländer übergegangen; eventuell sei die Klage um deswillen unbegründet, weil Kläger es versäumt habe, sein Widerspruchsrecht auf Grund des § 690 der Civ.-Pr.-O. geltend zu machen, und derselbe daher den ihm entstandenen Schaden selbst verschuldet habe.

Das Landgericht wies durch Urtheil vom 31. Januar 1885 den Schadensersatzanspruch ab. Dasselbe nahm an, daß Kläger zwar zur Zeit der Pfändung und der Versteigerung noch Eigenthümer des Billards gewesen sei, daß er aber dieses Recht im Wege der Widerspruchsklage (§ 690 cit.) habe geltend machen müssen und die Folgen dieser Unterlassung selbst zu tragen habe; dagegen verurtheilte das Landgericht den Beklagten, dem Kläger den von ihm perzipirten Kauferlös des Billards mit 180 Mark zu zahlen. Auf erhobene Berufung erkannte das Oberlandesgericht reformatisch, indem es den Beklagten zum Schadensersatze verurtheilte, aus folgenden

Gründen:

Der Einwand des Beklagten, der Vertrag vom 7. Mai 1883 sei nur ein in die Form des Miethvertrages gekleidetes Kaufgeschäft, und daher sei der ausgepfändete Hackländer Eigenthümer des Billards nebst Zubehör gewesen, ist in seinem letzteren wesentlichen Theile durch die Aussage der beiden vernommenen Zeugen widerlegt. Dieselben haben übereinstimmend bekundet, die Vereinbarung unter den Parteien sei allerdings dahin getroffen worden, daß Hackländer nach Zahlung der von ihm acceptirten Wechsel ohne Weiteres Eigenthümer des Billards werden, dasselbe aber bis dahin ihm nur als Miether überlassen werden solle, um den Verkäufer vor den Angriffen anderer Gläubiger zu sichern. Eine solche Vereinbarung waren aber die Contrahenten mit voller Rechtswirkung zu schließen befugt. Nach Artikel 1584 des B. G.-B. steht es den Contrahenten eines Kaufvertrages frei, denselben unter allen beliebigen Modalitäten und Bedingungen einzugehen, insofern solche nur nicht gegen die Gesetze oder die öffentliche Ordnung verstoßen. Es verstößt aber, wie Doktrin und Rechtsprechung anerkennen, weder gegen ein Verbotsgesetz, noch gegen die öffentliche Ordnung, wenn die Contrahenten der Bestimmung des Art. 1583 des B. G.-B., wonach bei Einigung über Sache und Preis das Eigenthum an der Sache kraft Gesetzes auf den Käufer übergeht, in der Art derogiren, daß das Eigenthum bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises dem Verkäufer verbleiben und dem Käufer bis dahin die Sache nur als Miether überlassen bleiben soll. Hiernach ist also die Behauptung des Beklagten, daß das fragliche Billard

bei der Pfändung Eigenthum des Hackländer gewesen, hinfällig, und fragt es sich daher weiter, ob und inwieweit die angehobene Schadensklage materiell begründet erscheint.

Kläger verlangte mit derselben ursprünglich den Werth des Billards mit Zubehör mit 660 Mark, hat diesen Werth jedoch in dieser Instanz wegen des fast einjährigen Gebrauchs durch Hackländer auf 600 Mark reduzirt und seine Forderung darauf gegründet, daß er unter Vorlage des Aktes vom 7. Mai 1883 dem Beklagten und dem Gerichtsvollzieher Kenntniß von seinem Anspruch gegeben und dieselben zur Freigebung des Billards aufgefordert, aber damit kein Gehör gefunden habe.

Wenn der Richter a quo diesem Grunde deshalb seine Anerkennung versagt hat, weil der Beklagte, nachdem Kläger seine Widerspruchsklage, wenn auch unverschuldet, unterlassen habe, nicht verpflichtet gewesen wäre, sich einer Prüfung der Rechtmäßigkeit des klägerischen Anspruchs zu unterziehen und der Aufforderung zur Freigebung des Billards nachzukommen, zumal dasselbe sich bei der Pfändung im Besitze des Hackländer befunden und für dessen Eigenthum die Vermuthung gesprochen habe, so kann dieser Argumentation nicht beigepflichtet werden. Wenn auch Kläger die Anstellung der Widerspruchsklage (§ 690 der Civ.-Pr.-O.) versäumt hat, so ist er dadurch noch nicht des Rechtes verlustig gegangen, den ihm durch den Verkauf zugefügten Schaden ersetzt zu verlangen. Der Beklagte war Angesichts des klägerischen Eigenthumstitels, durch welchen der Besitz des Hackländer sich nur als ein prekärer herausstellte und die Vermuthung des Eigenthums daran zerstört wurde, allerdings verpflichtet, das Billard nicht zur Versteigerung bringen zu lassen. Dadurch, daß er es dennoch gethan, hat er dies auf seine Gefahr gethan; er befand sich nicht in gutem Glauben, und trifft ihn mit Recht der Vorwurf eines Verschuldens im Sinne der Art. 1382 und 1383 des B. G.-B., wofür er verantwortlich erscheint.

(Folgen Ausführungen bezüglich der Höhe des Schadensersatzes.)

II. Senat. Sitzung vom 23. Oktober 1886.

Rechtsanwälte: Gorius — Rieth.

Kaufvertrag. — Uebernahme einer Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis. — Uebergang des Kaufpreisprivilegiums. — Neue Hypothek.

Die in einem Immobilarkaufvertrage in Anrechnung auf den Kaufpreis geschehene Uebernahme einer auf den verkauften Liegenschaften haftenden Hypothek bildet in Bezug auf den Hypothekargläubiger die Stipulation zu Gunsten eines Dritten und hat auch nach der Acceptation durch denselben den Uebergang des Kaufpreisprivilegiums auf diesen nicht zur Folge. *)

Eine derartige Uebernahme enthält auch nicht stillschweigend die Bestellung einer neuen Hypothek zum Vortheil des Hypothekargläubigers durch den Käufer.

Schneider und Gen. — Küpper und Gen.

Durch Akt vor Notar Lautz vom 22. August 1878 verkaufte der Handelsmann Karl Breden zu Elberfeld für sich und als Vormund seiner minderjährigen Kinder den Eheleuten Wilhelm Prümer und Bernhardine geb. Menge ein zu Elberfeld gelegenes Haus zu dem Preise von 43500 Mark.

In Anrechnung auf den Kaufpreis übernahmen die Ankäufer unter Anderem als eigene und persönliche Schuld eine auf das Haus zu Gunsten des Handelsmannes Friedrich Schneider zu Elberfeld eingetragene und der Mitklägerin J. H. Brink & Comp. zum Faustpfand bestellte Hypothekarforderung im Betrage von 13500 Mark; außerdem hatten dieselben noch eine Restforderung von 6000 Mark an die Verkäufer zu zahlen. Dieser Kaufvertrag wurde am 28. August 1878 transscribirt, und wurde zu Gunsten der Verkäufer von Amtswegen Eintragung genommen. Demnächst ging die Firma G. Küpper zu Elberfeld gegen den genannten Breden auf Grund eines Urtheiles des

*) Vergl. über diese in der französischen Doktrin und Rechtsprechung vielfach bestrittene Frage: Aubry & Rau 4. Auflage, Bd. 4 S. 312, Text und Not. 30, Bd. 3 S. 167, Text und Not. 4, Larombière zu Art. 1121 Nr. 9, Demolombe Bd. 24, 256, Troplong I, 369, Troplong priv. et hyp. Bd. I, 344, 367—370, Laurent Bd. 15, 569, Bd. 30, 10, Demolombe Bd. 24, 256, Sirey 33, II, 426, 34, I, 504, 56, I, 65, § 34 der Instruktion für Rheinische Hypothekenbewahrer vom 12. August 1851 (Eschweiler S. 452).

Königl. Landgerichts zu Elberfeld vom 24. Dezember 1879 für eine urtheilsmäßige Forderung von 1457 Mark 45 Pfg. im Wege der Zwangsvollstreckung vor und ließ die demselben auf Grund des Kaufaktes vom 22. August 1878 gegen die Eheleute Prümer zustehende Forderung nach Maßgabe eines Arrestbefehls des Königl. Amtsgerichts zu Elberfeld vom 20. November 1879 pfänden. Diese Forderung wurde durch Beschluß vom 10. März 1880 der Firma Küpper zur Einziehung überwiesen.

Durch Akt vom 4. Februar 1882 cedirte Breden sodann die vorerwähnte Restkaufforderung von 6000 Mark gegen Eheleute Prümer dem Schieferdecker Peter Kaltenbach zu Elberfeld.

Am 30. November 1883 wurde das vorbezeichnete Haus in dem gegen die Eheleute Prümer eingeleiteten Subhastationsverfahren lizitirt und zu dem Preise von 27500 Mark zugeschlagen.

In dem über die Vertheilung dieses Kaufpreises eingeleiteten Collokationsverfahren wurden durch vorläufigen Vertheilungsplan vom 25. November 1884 die Firma G. Küpper und der Peter Kaltenbach auf Grund des erwähnten Ueberweisungsbeschlusses und der erwähnten Cession vor dem Friedrich Schneider bezw. der Handlung J. H. Brink & Comp. angewiesen; es hatte nämlich Schneider die für seine Hypothek am 6. Mai 1873 genommene Inskription nicht binnen der zehnjährigen Frist des Art. 2154 des B. G.-B. erneuern, sondern erst am 14. Juni 1883 wieder eintragen (erneuern) lassen; demnächst hat Schneider auch auf Grund des Kaufaktes vom 22. August 1878, nachdem Namens desselben der Rechtsanwalt von Werden die Verfügung dieses Aktes hinsichtlich der Uebernahme der Hypothek durch Anwaltsakt acceptirt hatte, unterm 22. November 1883 Inscription genommen.

Schneider und J. H. Brink & Comp. erhoben Klage gegen die Firma Küpper und gegen Kaltenbach mit dem Antrage auf Vorlozirung vor den Beklagten und begründeten diesen Anspruch vornehmlich auf die Ueberweisung des Kaufpreises in dem Kaufakte vom 22. August 1878 und Uebernahme der Schuld seitens der Ankäufer, sowie die von Amtswegen genommene Inscription, indem sie weiterhin geltend machten, daß sie diese Delegation acceptirt hätten und daher berechtigt wären, das mit den überwiesenen Forderungen verbundene Kaufpreisvilegium in Anspruch zu nehmen.

Das Landgericht wies durch Urtheil vom 1. Juli 1885 die Klage ab, und die gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung wurde vom Oberlandesgerichte verworfen aus folgenden

Gründen:

Die Kläger stützen den Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung vor den Beklagten auf ein aus dem Kaufvertrage vom 22. August 1878 hergeleitetes Privilegium und sodann auf die am 14. Juni 1883 und am 22. November 1883 genommenen Eintragungen. In dem erwähnten Kaufvertrage vom 22. August 1878 haben die Eheleute Prümer die Forderung der Kläger in Anrechnung auf den Kaufpreis als eigene Schuld zur Entlastung des Verkäufers übernommen. Diese Zahlungsanweisung und Schuldübernahme stellt im Sinne des Art. 1121 des B.G.-B. eine Uebereinkunft zu Gunsten der Kläger als dritter, bei dem Vertrage nicht mitwirkenden Personen dar, indem der Verkäufer Breden zur Tilgung seiner Schuld über einen Theil des Kaufpreises eine Bestimmung getroffen hat. Nach dieser Lage der Sache haben zwei Forderungen und zwei Titel, nämlich der Anspruch des Breden aus dem Kaufvertrage und die aus der Obligation vom 1. Mai 1873 hergeleitete Forderung der Kläger bestanden. Diese Forderungen stehen in einem derartigen Abhängigkeitsverhältnisse, daß durch die Leistung der übernommenen Zahlung an die Kläger sowohl die Darlehnsforderung, als auch der bezügliche Theil des Kaufpreises getilgt worden wäre.

Vor der Zahlung wird aber die eine Forderung durch die andere nicht aufgehoben. Eine Veränderung tritt auch in dieser Hinsicht nicht durch die von dem Kläger Schneider behauptete Acceptation der Delegation ein. Auch wenn derselbe die zu seinen Gunsten in dem Kaufvertrage enthaltene Verfügung angenommen haben sollte, würde auf ihn der betreffende Theil der Kaufpreisforderung nicht übergegangen sein. Die Kaufpreisschuld war für die Käufer Prümer lediglich die causa, wegen welcher dieselben sich als Schuldner des Darlehens darstellten.

Wenn die Käufer Prümer an Schneider, welchem kein Kaufpreis, sondern eine Darlehnsforderung zustand, gezahlt hätten, so würden sie lediglich eine dem Verkäufer Breden obliegende Verbindlichkeit aus dem Darlehen getilgt haben. Daß sie durch

diese Tilgung auch einen Theil des Kaufpreises bezahlten, bezieht sich lediglich auf das zwischen dem Verkäufer und den Käufern bestehende, auf die Kläger aber nicht übergegangene Rechtsverhältniß. Die Schuldübernahme ist und bleibt eine Nebenverabredung des von derselben zu unterscheidenden Kaufvertrages. Es würde demnach Schneider durch die Acceptation ein Kaufpreisprivileg nicht erworben haben (vergl. Laurent Bd. 15 Nr. 569, Bd. 30 Nr. 10, Demolombe Bd. 24 Nr. 256).

Was sodann die von den Klägern beanspruchte Hypothek angeht, so ist zu Gunsten des Klägers Schneider auf Grund der Obligation vom 1. Mai 1873 am 6. desselben Monats die erste Hypothekareintragung und hiernach erst am 14. Juni 1883 die sich als Erneuerung bezeichnende zweite Eintragung genommen worden. Diese angebliche Erneuerung ist nach Ablauf der durch den Art. 2154 B.G.-B. bezeichneten zehnjährigen Frist erfolgt und wegen Ablaufs der Frist als eine neue Eintragung anzusehen. Als solche ist sie aber, soweit sie auf die in dem Akte vom 1. Mai 1873 seitens der Eheleute Breden erfolgte Hypothekenbewilligung Bezug nimmt, ungültig, weil bereits am 28. August 1878 der Verkaufsakt, durch welchen Breden das mit der Hypothek belastete Grundstück an die Eheleute Prümer verkauft hat, transscribirt worden ist, mithin die vierzehntägige Frist des Art. 834 des Code de procéd. civ. abgelaufen war.

Ebensowenig sind die Eintragungen vom 14. Juni 1883 und 22. November 1883, insoweit dieselben sich gegen die Ankäufer Eheleute Prümer richten, wirksam. Die Wirksamkeit der auf eine vertragsmäßige Hypothek sich stützenden Eintragungen setzt nicht allein eine Forderung, sondern nach Art. 2129 des B.G.-B. die Bestellung einer Hypothek für die Forderung an den den Schuldnern gehörigen Gütern voraus. Von den Käufern Eheleuten Prümer ist aber den Klägern an dem gekauften Hause keine Hypothek bestellt worden. Hiergegen rufen die Kläger den mehrbezogenen Kaufvertrag vom 22. August 1878 für sich an.

Inhalts dieses Vertrages haben die Eheleute Prümer lediglich die auf dem angekauften Hause ruhenden Hypothekenforderungen als eigene Schuld zur Entlastung des Verkäufers übernommen. Nach dem zu erforschenden Willen der Vertragschließenden kann hierin weder nach dem Inhalte des Vertrages, noch nach den

vorliegenden Verhältnissen die Bestellung einer neuen Hypothek von Seiten der Käufer gefunden werden.

Was den Vertragsinhalt zunächst angeht, so schließt die Uebernahme einer Hypothek die davon verschiedene Willenserklärung auf Bestellung einer neuen Hypothek, falls die übernommene Hypothek erloschen sein sollte, keineswegs in sich. Daß die Vertragschließenden dem Vertrage eine von ihrem Willen abweichende Fassung gegeben haben, läßt sich umsoweniger annehmen, als beide Vertragschließende kein Interesse hatten, die Hypothek der Kläger zu schützen.

Es stand insbesondere dem Verkäufer Breden frei, durch die Transscription des Verkaufsaktes sein Privilegium für den ganzen Kaufpreis zu wahren, um bei dem Erlöschen der Hypothek der Kläger einem etwaigen Schaden vorzubeugen. In Uebereinstimmung mit dieser Annahme hat auch der Verkäufer Breden den Verkaufsakt transscribiren lassen und sich auf diese Art gesichert. Ebensowenig würden die Käufer Eheleute Prümer durch die Bestellung einer neuen Hypothek günstiger gestellt worden sein. Demnach spricht auch nicht die Sachlage zu Gunsten der von den Klägern gemachten Ausführung.

Ob die Kläger die in dem Kaufvertrage zu ihren Gunsten enthaltene Stipulation angenommen und hieraus ein direktes Forderungsrecht gegen die Eheleute Prümer erworben haben, kann unter diesen Umständen dahin gestellt bleiben. Da Kläger weder ein Privileg, noch eine Hypothek an dem versteigerten Immobilar geltend machen können, so ist ihr Anspruch auf Lozirung vor den Beklagten unbegründet.

II. Senat. Sitzung vom 27. November 1886.

Rechtsanwälte: Schilling — Gorius, Rieth.

Zölle. — Ansprüche auf Rückerstattung. — Rechtsweg. — Unzulässigkeit.

Nach den Vorschriften des Reichsrechts und den in Preußen geltenden Bestimmungen ist der Rechtsweg für Ansprüche auf Rückerstattung von Zöllen, weil die gesetzlichen Voraussetzungen der Verpflichtung zur Erlegung dieser Zollbeträge nicht vorgelegen haben sollen, unzulässig.*)

*) Vergl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. V S. 46.

W. Ungelter & R. Karger — Provinzial-Steuer-Direktion zu Köln.

Unter dem 8. Januar 1885 hat die zu Brünn bestehende und daselbst domizilirte Mährische Gersten- und Malzfabrik unter der Firma W. Ungelter & R. Karger nach ihrer Behauptung durch Vermittelung des zu Solingen wohnenden W. H. Dültgen mit dem Inhaber der zu Solingen unter der Firma C. Beckmann betriebenen Bierbrauerei, Hugo Beckmann, einen Vertrag über Malzlieferung abgeschlossen, gemäß welchem erstere verpflichtet war, an die Firma C. Beckmann 10 Waggons zu je 10000 Kilo mährisches Malz zum Preise von 29,60 Mark à 100 Kilo zollfrei Bahnhof Solingen zu liefern.

Von diesem Malze hat die Firma Ungelter & Karger in der ersten Hälfte des Januar 1885 30000 Kilo geliefert, während die Lieferung der noch restirenden 70000 Kilo mit Frachtbriefen vom 19. Mai, 6. Juni, 23. Juni und 3. Juli bezw. Eilgutladeschein vom 27. Juni 1885 erfolgte. Auf Grund der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 21. Februar 1885, betr. die vorläufige Einführung von Eingangszöllen auf Malz, durch welche auf Grund des Gesetzes vom 20. Februar desselben Jahres, betr. die Abänderung des Zolltarifgesetzes vom 15. Juli 1879, der vom Reichstage bei der zweiten Lesung desselben genehmigte Eingangszoll auf Malz in Höhe von 2,40 Mark pro 100 Kilo in vorläufige Hebung gesetzt wurde, ist dieser Zollbetrag von der genannten Firma für die oben erwähnten 70000 Kilo durch die Zollbehörde gefordert und an diese auch bezahlt worden. Ungelter & Karger haben nun unter der Behauptung, daß nach § 1 Abs. 2 des Gesetzes vom 20. Februar 1885 für die in Erfüllung von nachweislich vor dem 15. Januar desselben Jahres abgeschlossenen Verträgen eingeführten Mühlenfabrikate, wie Malz, nur der in dem Zolltarifgesetze vom 15. Juli 1879 vorgesehene Zoll mit 1 Mark pro 100 Kilo erhoben werden mußte, gegen die Provinzial-Steuer-Direktion zu Köln wegen zu viel eingezogenen Zolles Klage erhoben und beantragt, dieselbe zur Zahlung von 1120 Mark 61 Pfg. nebst 5 Prozent Zinsen seit dem Klagetage kostenfällig zu verurtheilen.

Die Beklagte hat den Antrag gestellt, die angehobene Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abzuweisen und über diese Einrede gesondert zu erkennen, indem sie ausführte, daß gemäß

§ 12 des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869 bezw. § 36 der Preußischen Verordnung vom 26. Dezember 1808 wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial- und Finanzbehörden der Rechtsweg in Zollangelegenheiten ausgeschlossen sei.

Durch Urtheil vom 28. April 1886 hat das Landgericht, indem es die bezeichnete Einrede für zutreffend erachtete, die Klage abgewiesen, und die gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung wurde vom Oberlandesgerichte verworfen aus nachstehenden

Gründen:

Für die untergebens allein zur Entscheidung stehende Frage, ob für Ansprüche auf Rückerstattung von angeblich von der Zollbehörde mit Unrecht erhobenen Zollbeträgen der Rechtsweg zuläſsig ist, mit anderen Worten, ob derartige Ansprüche als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zu betrachten sind, welche gemäß § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes vor die ordentlichen Gerichte gehören, sind, da letzteres keine diesbezüglichen Bestimmungen enthält, in erster Linie die Deutschen Bundes- bezw. Reichsgesetze maßgebend.

Der von dem ersten Richter zur Begründung seiner Entscheidung angezogene § 12 des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869 überweist Beschwerden über die unrichtige Anwendung des Tarifs, d. i. die unrichtige Subsumtion einer zu verzollenden Waare unter eine bestimmte Waarenbezeichnung in dem amtlichen Waarenverzeichnisse und die entsprechende Tarifnummer, an die Verwaltungsbehörde. Eine solche Beschwerde liegt aber untergebens nicht vor, vielmehr steht hier, da es sich darum handelt, ob die von der Klägerin zurückgeforderten Zollbeträge mit Recht oder Unrecht eingezogen worden sind, die gesetzliche Verpflichtung zur Entrichtung des Zolles in Frage.

Klägerin hat nun aus dem Gesetze vom 20. Februar 1885, in dessen § 1 Abs. 2 die Anwendung des im Abs. 1 bezeichneten Zolles für die in Erfüllung von „nachweislich" vor dem 15. Januar 1885 abgeschlossenen Verträgen eingeführten Waaren ausgeschlossen wird, insbesondere aber aus § 3 des Gesetzes vom 22. Mai 1885, demzufolge der fragliche Nachweis durch alle in der Deutschen Civilprozeßordnung vorgesehene Beweismittel geführt werden kann, die Zuläſsigkeit des Rechtsweges für ihren Anspruch herzuleiten versucht. Die Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesbestimmung läßt aber ersehen, daß der

Gesetzgeber lediglich die Frage, welche Art von Beweismitteln zur Erbringung des von dem Gesetze geforderten Nachweises gestattet sein sollte, im Auge hatte, nicht aber die Eröffnung des Rechtsweges in Zollsachen. Nach dem Berichte des Abgeordneten Dr. Meyer (Jena) in der Sitzung des Reichstages vom 25. April 1885 (vergl. Reichstags-Verhandlungen von 1884—1885. Band 4 Seite 2328) hatte damals die betreffende Kommission den Ausfeld'schen, auf Zulassung des gerichtlichen Verfahrens in Steuersachen gerichteten Antrag in erster Lesung bereits abgelehnt, die gedachte Festsetzung bezüglich der zuzulassenden Beweismittel aber getroffen, weil man die Bestimmung der Bundesrathsverordnung, daß der fragliche Beweis durch ein notarielles oder gerichtliches Vertragsinstrument oder doch durch zwei beeidigte Zeugen geführt werden solle, für zu enge hielt. Wie sodann aus dem Referate des Abgeordneten Struckmann in der Sitzung vom 2. Mai 1885 (4. Band Seite 2486 l. c.) hervorgeht, wurde der Ausfeld'sche Antrag in der Kommission auch in zweiter Lesung mit großer Majorität verworfen. Später wurde derselbe nicht aufrecht erhalten und der von Einführung eines gerichtlichen Verfahrens in Steuersachen absehende Kommissionsvorschlag vom Plenum des Reichstages angenommen. (vergl. Seite 2501 l. c.).

Kann sonach aus den Reichsgesetzen die Zulässigkeit des Rechtsweges nicht hergeleitet werden, so bleibt zu untersuchen, ob selbige aus den für Preußen bezw. die Rheinprovinz erlassenen Gesetzen zu folgern ist. Nach der Stellung, welche die einzelnen Bundesstaaten auf Grund der Deutschen Reichsverfassung dem Deutschen Reiche gegenüber in Zoll- und Steuersachen einnehmen, erfolgt die Erhebung und Verwaltung der Zölle von den Organen jedes einzelnen Bundesstaates nicht als Behörden des Reichs, sondern als Landesbehörden, und stehen die Verfügungen der Zollbehörden, da besondere Vorschriften in dieser Richtung in der Reichsgesetzgebung nicht enthalten sind, unter den staatsrechtlichen Regeln, welche in den Bundesstaaten, untergebens in Preußen, gelten (Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 5 S. 34 ff., Bd. 11 S. 97).

In dieser Beziehung hat nun der § 36 der Preußischen Verordnung vom 26. Dezember 1808 wegen verbesserter Einrichtungen der Provinzial- und Finanzbehörden bestimmt, daß der Rechtsweg über die sämmtlichen Einwohnern eines Bundes-

staates oder allen Mitgliedern einer gewissen Klasse nach der bestehenden Bundesverfassung obliegende Verbindlichkeit zur Entrichtung allgemeiner Anlagen und Abgaben, zu welchen auch die Zölle gehören, (Oppenhoff, Ressortverhältnisse Seite 66 Nr. 185) nicht statthabe. Diese für die altländischen Provinzen Preußens erlassene Verordnung hat aber auch in der Rheinprovinz, obwohl sie hier nicht publizirt worden ist, Geltung erhalten, indem nämlich das Ressortreglement vom 20. Juli 1818 in seinem § 15 festgesetzt hat, daß es in Ansehung der Finanzangelegenheiten bei den Bestimmungen des § 41 der genannten Verordnung, welche den Rechtsweg für Beschwerden gegen Verfügungen der Regierung in ihrer Eigenschaft als Finanzbehörde für statthaft erklärt, bleibe, jedoch nur, insofern der Fall nicht zu den in den §§ 35 und 36 l. c. gemachten Ausnahmen gehört.

Der erste Richter hat sonach mit Recht den Rechtsweg für den ihm zur Prüfung unterbreiteten Anspruch der Klägerin für ausgeschlossen erklärt. Was nun den von der Klägerin in gegenwärtiger Instanz gestellten Eventualantrag auf Feststellung des vor dem 15. Januar 1885 erfolgten Abschlusses des der Klage zu Grunde liegenden Malzlieferungsgeschäfts anlangt, so kann es dahingestellt bleiben, ob derselbe sich lediglich als eine nach § 240 Nr. 2 Civilprozeßordnung zuläßige Beschränkung des klägerischen Hauptpetitums darstellt oder, wie Beklagte behauptet, eine unzuläßige Klageänderung involvirt; denn in jedem Falle ist der Rechtsweg auch für die Feststellungsklage ausgeschlossen, da Gegenstand des Rechtsstreites die im Wege Rechtens nicht verfolgbare Zollangelegenheit bleibt. Aus demselben Grunde fehlt es dem Berufungsgerichte aber auch an jeder gesetzlichen Handhabe zur Anordnung einer Beweiserhebung in Gemäßheit des § 450 Civilprozeßordnung über den fraglichen Vertragsabschluß.

Die eingelegte Berufung war demnach zu verwerfen.

I. Senat. Sitzung vom 15. Dezember 1886.
Rechtsanwälte: Gorius — Bagedes.

Wechsel. — Eigener Sichtwechsel. — Fälligkeit. — Erhebung der Klage.

Zur Herbeiführung der Fälligkeit eines eigenen Sichtwechsels gegenüber dem Acceptanten bedarf es nicht

unbedingt der Präsentation zur Sicht; vielmehr genügt zur Herbeiführung dieser Fälligkeit schon die einfache Klageerhebung.

Grosz — Mager.

So entschieden vom Oberlandesgerichte unter Anschließung an die Ausführungen des Reichsgerichts in dem Urtheile vom 16. Januar 1883 (Entsch. in Civilsachen Bd. VIII. S. 69 ff.).

III. Senat. Sitzung vom 29. Dezember 1886.

Rechtsanwalt: Schmitz.

Wechsel. — Unterschrift. — Urkunden- und Wechselprozeß. — Ueberleitung in das ordentliche Verfahren. — Berufungsinstanz.

Eine wechselmäßige Verbindlichkeit kann nur begründet werden durch die **eigene** Unterschrift des sich Verpflichtenden, nicht aber durch eine im Auftrage oder mit Genehmigung desselben durch einen Dritten erfolgte Unterschrift.

Die Ueberleitung des Urkunden- und Wechselprozesses in das ordentliche Verfahren ist in der Berufungsinstanz unzulässig.

Halversche Volksbank — Hanses.

Die Halversche Volksbank hat gegen den Schafhändler Franz Hanses zu Tieflingsberg Klage im Wechselprozeß auf Zahlung von 2331 Mark 50 Pfg. mit Zinsen zum Landgerichte Elberfeld erhoben. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, indem er die Echtheit seiner Unterschrift auf den beiden in Frage stehenden Wechseln bestritt. Auf die Eideszuschiebung der Klägerin, „ob er nicht die Worte „Franz Hansen" auf den Wechseln geschrieben habe, dieselben eventuell nicht in seinem Auftrage oder mit seiner Genehmigung von einem Dritten für ihn geschrieben worden seien", erklärte er sich bereit, zu schwören, daß er die Worte „Franz Hansen" nicht geschrieben habe, verweigerte aber jede Erklärung über die Annahme oder Ablehnung des weiteren Eides. Das Landgericht verurtheilte daraufhin durch Urtheil vom 9. Juli 1886 den Beklagten dem Klageantrage gemäß. Auf erhobene Berufung wies jedoch das Oberlandes-

gericht unter Aufhebung dieses Urtheiles die Klage ab aus folgenden

Gründen:

Zu den wesentlichen Erfordernissen eines Wechsels gehört die Unterschrift des Ausstellers. Art. 4 Nr. 5 der Wechselordnung. Soll ein auch im Uebrigen die Erfordernisse eines Wechsels enthaltendes Schriftstück daher wechselmäßige Verbindlichkeit erzeugen, so muß es die Unterschrift des Ausstellers tragen; ohne diese Unterschrift ist eine wechselmäßige Verbindlichkeit des Ausstellers nicht denkbar, während anderseits diese Unterschrift genügt, den Aussteller wechselmäßig zu verpflichten, und er sich nur solcher Einreden bedienen darf, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen.

Hieraus ergibt sich, daß lediglich die durch kein Surrogat zu ersetzende Unterschrift das verpflichtende Moment für die wechselmäßige Verbindlichkeit bildet, daß daher ein Wechsel, welcher nicht von dem Aussteller selbst oder dem zur Zeichnung der Firma desselben Berechtigten unterschrieben ist, wohl civilrechtliche Verbindlichkeiten, wenn Vollmacht oder nachträgliche Ratihabirung feststehen, hervorzubringen vermag, keineswegs aber wechselmäßige Verbindlichkeit des Vollmachtgebers erzeugt.

Demnach ist die Frage, ob Beklagter zur Unterzeichnung der beiden Wechsel mit seinem Namen einem Dritten Auftrag gegeben, oder ob er die geschehene Unterzeichnung nachträglich genehmigt hat, für den Wechselprozeß unerheblich, und konnte es daher auf den dieserhalb zugeschobenen Eid nicht ankommen. Da Beklagter den ihm darüber zugeschobenen Eid, ob er die Unterschriften auf den beiden Wechseln selbst geschrieben, negative ausgeschworen hat, so war demnach, weil keine wechselmäßige Verbindlichkeit des Beklagten besteht, die Klage unter Abänderung des angegriffenen Urtheiles als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abzuweisen.

Eine Umleitung des Verfahrens in den ordentlichen Prozeß ist in der Berufungsinstanz unstatthaft, da § 559 Civilprozeßordnung nur auf die mündliche Verhandlung der ersten Instanz bezogen werden kann (vergl. Erkenntniß des Reichsgerichts, Entscheidungen Bd. V S. 351ff.).

II. Senat. Sitzung vom 7. Januar 1887.

Rechtsanwälte: Am Zehnhoff — Gorius.

Aktiengesellschaft. — Rübenbaupflicht. — Aenderungen der Statuten. — Zinsverbot. — Reservefonds. — Gesetz vom 18. Juli 1884.

Die bei Gründung einer Aktiengesellschaft zur Errichtung einer Zuckerfabrik seitens der Aktionäre statutenmäßig erfolgte Uebernahme der Verpflichtung, eine gewisse Anzahl Morgen Land Zuckerrüben zu bauen und abzuliefern, sowie die statutenmäßige Festsetzung des für die zu liefernden Rüben zu zahlenden Preises bilden einen Theil des Gesellschaftsvertrages und nicht einen neben diesem liegenden besonderen Lieferungsvertrag zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Aktionären.

Die Generalversammlung der Gesellschaft ist daher, soweit ihr nach den Statuten das Recht der Aenderung derselben zusteht, auch berechtigt, diese Bestimmungen, insbesondere soweit sie den festgesetzten Preis betreffen, zu ändern.

Die Bestimmungen des Art. 217 des Gesetzes vom 18. Juli 1884, betr. das Verbot der Zahlung bestimmter Zinsen an die Aktionäre, finden auf Aktiengesellschaften, welche beim Inkrafttreten dieses Gesetzes bestanden, sofortige Anwendung; Aenderungen der Statuten, welche den festgesetzten Zinsfuß anders festsetzen, sind daher nach diesem Gesetze ebenso ungültig, wie die ursprüngliche Zinsfestsetzung der Statuten.

Statutenänderungen, welche entgegen der Vorschrift des Art. 185b leg. cit. die Beseitigung des Reservefonds enthalten, sind gleichfalls nach Art. 249g § 7 daselbst ungültig, jedoch erst von dem nach dem Inkrafttreten des bezogenen Gesetzes beginnenden Geschäftsjahre an.

Fühling — Zuckerfabrik Brühl.

Im Jahre 1883 wurde zu Brühl unter der Firma „Zuckerfabrik Brühl" eine Aktiengesellschaft zum Zwecke der Errichtung und des Betriebes einer Zuckerfabrik gegründet.

Im § 9 Abs. 3 der ursprünglichen Statuten ist bestimmt,

daß jeder Aktionär für jede Aktie $2^1/_2$ Morgen Zuckerrüben nach Vorschrift des Aufsichtsraths zu bauen und abzuliefern habe, und im Abs. 5 wird weiter bestimmt, daß die Aktionäre für diese Rüben pro 50 Kilogramm 1 Mark 20 Pfg. und die Rückstände frei Fabrik erhalten sollen. Im § 25 Abs. 4 wird hinsichtlich des sich ergebenden Ueberschusses dahin verfügt, daß, soweit der Ueberschuß reicht, den Aktionären als Zinsen 5 Prozent des Aktienkapitals überwiesen werden, und daß von dem verbleibenden Betrage 10 Prozent dem Reservefonds überwiesen werden sollen.

In einer Generalversammlung der Aktionäre vom 5. Juni 1885 wurde auf Antrag des Aufsichtsraths und auf Grund des § 23 Nr. 10 der Statuten, wonach die Generalversammlung über Abänderung der Statuten entscheidet, eine Aenderung dieser Bestimmungen der Statuten in der Art beschlossen, daß der Kaufpreis der statutenmäßig von den Aktionären zu liefernden Rüben alljährlich durch die Generalversammlung und zum ersten Male am Schlusse des Rechnungsjahres 1884/85 bestimmt werden solle und höchstens 1 Mark 20 Pfg. pro Kilogramm betragen dürfe, sowie hinsichtlich der Verfügung über den Ueberschuß, daß, wenn der Preis der Rüben auf wenigstens 1 Mark pro 50 Kilogramm festgesetzt werde, soweit der Ueberschuß reiche, den Aktionären Zinsen des Aktienkapitals überwiesen werden und zwar 3 Prozent bei einem Kaufpreise von 1 Mark bis 1 Mark 20 Pfg. und 5 Prozent bei einem Kaufpreise von 1 Mark 20 Pfg., und daß, wenn der Kaufpreis unter einer Mark bestimmt werde, den Aktionären überhaupt Zinsen nicht überwiesen werden sollen.

Demnächst erhob der Gutsbesitzer Theodor Fühling zu Rittergut Horbell bei Frechen als Aktionär der Gesellschaft Klage zum Landgerichte Köln, Kammer für Handelssachen, gegen den Vorstand und Aufsichtsrath derselben mit dem Antrage, die fraglichen Abänderungen der Statuten für ungültig zu erklären, und gründete diese Klage auf die Aufstellung, daß die Bestimmung über die Rübenlieferung seitens der Aktionäre und die Festsetzung des zu zahlenden Preises einen neben dem Gesellschaftsvertrage liegenden zweiseitigen Lieferungsvertrag zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Aktionären bilde, den daher die Generalversammlung auf Grund des § 23 Nr. 10 der Statuten nicht abändern könne, daß dieses jedenfalls nicht

mit rückwirkender Kraft bezüglich des Rechnungsjahres 1884/85 habe geschehen können, und daß die abändernden Bestimmungen über die Verwendungen des Ueberschusses den Vorschriften der Art. 217 und 185 des Gesetzes vom 18. Juli 1884 widersprächen. Die beklagte Aktiengesellschaft hat die Abweisung der Klage beantragt.

Das Landgericht, Kammer für Handelssachen, wies durch Urtheil vom 31. März 1886 die Klage ihrem ganzen Umfange nach ab. Dasselbe nahm an, daß die Bestimmungen des § 9 der Statuten über die Rübenbaupflicht der Aktionäre einen Theil des Gesellschaftsvertrages bilde, welche, wie alle anderen Theile der Statuten, der Abänderung durch die Generalversammlung unterlägen, daß die erfolgte Abänderung auch für das Rechnungsjahr 1884/85 maßgebend sein müsse, da eine Beschränkung der Befugnisse der Generalversammlung insoweit nicht angenommen werden könne, daß endlich die Aenderungen des § 25 Abs. 4 mit Rücksicht darauf, daß die Gesellschaft bereits beim Inkrafttreten des Gesetzes vom 18. Juli 1884 bestanden habe, als ungesetzlich nicht erachtet werden könnten.

Auf erhobene Berufung änderte das Oberlandesgericht dieses Urtheil dahin ab, daß die Abänderung des § 25 Abs. 4 Nr. 1 hinsichtlich der Verwendung des Ueberschusses für das Geschäftsjahr 1885/86 und folgende für ungültig erklärt wurde; im Uebrigen verwarf das Oberlandesgericht die Berufung aus folgenden

Gründen:

Dem Landgerichte ist zunächst in seiner zutreffenden Ausführung beizupflichten, daß die in § 9 Abs. 3 der Statuten der beklagten Aktiengesellschaft enthaltene Bestimmung über die Verpflichtung der Aktionäre, für eine jede Aktie jährlich 2½ Morgen Zuckerrüben zu bauen und abzuliefern, nicht einen neben dem Gesellschaftsvertrage stehenden besonderen Lieferungsvertrag darstellt. Indem § 9 am Schlusse die Nichterfüllung der Rübenlieferungspflicht mit der in § 7 auf die Nichteinzahlung des Aktienbetrages gesetzten Strafe der Caducirung der Aktien des Säumigen bedroht, ergibt sich die Bestimmung über die Rübenbaupflicht als ein sehr wesentlicher Theil des Gesellschaftsvertrages. Auch schließt die gesammte Fassung der Statuten, wie überhaupt die wirthschaftliche Bedeutung und

Natur der von Landwirthen behufs eigener Verarbeitung ihrer Zuckerrüben gebildeten Gesellschaften vorliegender Art die Annahme aus, daß bei deren Gründung beabsichtigt gewesen sei, neben dem Gesellschaftsvertrage mit den einzelnen Aktionären als Dritten besondere Rübenlieferungsverträge abzuschließen, da vielmehr in der Verbindung der Rübenbaupflicht mit der Aktionäreigenschaft das Wesen dieser Gesellschaften zu erblicken ist.

Mit Unrecht bezeichnet der Kläger eine solche Verbindung als nach Art. 219 des Handelsgesetzbuchs unzulässig, da dieser Artikel in seiner ursprünglichen Fassung, wie in der des Gesetzes vom 18. Juli 1884, die Verpflichtungen des Aktionärs nur hinsichtlich seiner Geldeinlage auf den Betrag der Aktie beschränkt, dagegen in keiner Weise ersichtlich ist, daß derselbe weiterhin verbieten wolle, daß Aktionäre sich in den Statuten der Verpflichtung zu anderweitigen Leistungen unterwerfen. Vergl. Renaud, Recht der Aktiengesellschaften, S. 699, Becker in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 17 S. 398, West in Busch's Archiv Bd. 36 S. 135, S. 114 und die dort angeführten Gutachten der Juristenfakultäten von Würzburg, Bonn, Breslau und Greifswald.

Die vom Kläger (nach Wolff in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 32 S. 19 ff. und anderen von West a. a. O. mitgetheilten Fakultäts-Gutachten) entwickelte Auffassung der Rübenbauverpflichtung als ein neben dem Gesellschaftsvertrage abgeschlossenes pactum de contrahendo, aus welchem sich jährlich die einzelnen Lieferungsverträge entwickeln, oder als einheitlicher Kaufvertrag widerspricht dem aus der sorgfältigen und genauen statutarischen Regelung der Rübenbauverpflichtung ersichtlichen innigen Zusammenhange der Aktionäreigenschaft und der als deren Annexum gleichzeitig mit dieser eintretenden, einen wesentlichen Bestandtheil der statutarischen Verpflichtungen jedes Aktionärs bildenden Rübenlieferungspflicht. Hiernach kann in den zu liefernden Rüben keine merx und in der dafür zu gewährenden Vergütung kein pretium erblickt werden, sondern handelt es sich nur um gesellschaftliche Leistungen und deren gesellschaftliche Vergütung.

In der Vereinbarung dieser Leistungen könnte etwa ein bei Gründung der beklagten Gesellschaft neben dem Aktiengesellschaftsvertrage im innigen Zusammenhange mit diesem abgeschlossener besonderer Gesellschaftsvertrag erblickt werden, keinesfalls

aber ein Nebenvertrag mit dem Charakter eines Kaufvertrages. Uebrigens würde eine mit Rücksicht auf Art. 219 des Handelsgesetzbuchs etwa anzunehmende Unzulässigkeit der Uebernahme von anderweitigen Leistungen neben der Geldeinlage den Kläger auch nur zu dem Antrage berechtigen, festzustellen, daß er nicht verpflichtet sei, Rüben zu liefern, dagegen es durchaus unstatthaft erscheinen lassen, solche unzulässige Festsetzungen eines Gesellschaftsstatuts als Nebenverträge aufrecht zu erhalten, deren Abschluß von keiner Seite beabsichtigt worden. Vielmehr müßte immerhin die dem Kläger für Lieferungen, welche er in Unterwerfung unter die Rübenbauvorschrift der Statuten gemacht hat, zu gewährende Vergütung den Charakter eines gesellschaftlichen Entgelts bewahren.

Haben aber die Bestimmungen der vorliegenden Statuten über Rübenlieferung der Aktionäre nicht den Charakter selbständiger Verträge, so zerfällt die klägerische Ausführung, daß die in § 9 Abs. 5 festgesetzte Vergütung von 1,20 Mark für 50 Kilo Rüben nur unter allseitiger Zustimmung abänderlich sei, vielmehr unterliegt auch diese Bestimmung der allgemeinen Festsetzung in § 23 Nr. 10 der Statuten, daß über die Abänderung der letzteren die Generalversammlung zu entscheiden habe.

Wenn der Kläger hiergegen einwendet, daß nicht nur der nach § 9 Abs. 3 von der Rübenpflicht entbundene Direktor, sondern auch die nach § 9 Abs. 4 durch den Aufsichtsrath von dem eigenen Anbau ihrer Pflichtrüben befreiten Aktionäre ein von dem der übrigen Aktionäre verschiedenes Interesse an der Höhe des Rübenpreises bezw. der Aktiendividende hätten, so ist — abgesehen von dem nach § 21 nur geringeren Stimmrechte des Direktors — diese Verschiedenheit der Interessen zu gering, um überhaupt Beachtung zu verdienen; jedenfalls aber müssen ohne alle Rücksicht hierauf die vorliegenden Statuten, daher auch der § 23, unbedingt maßgebend bleiben, denen alle Aktionäre sich unterworfen haben. Die vom Kläger weiterhin gegen die Zulässigkeit der durch den Generalversammlungsbeschluß vom 5. Juni 1885 getroffenen Abänderungen vorgebrachten Einwände können, soweit sie aus den gesetzlichen Bestimmungen über Kaufverträge entnommen sind, nach Obigem nicht ferner in Betracht kommen. Aber auch die Anfechtung dieses Beschlusses, soweit danach die Festsetzung der Rübenvergütung

schon für das Rechnungsjahr 1884/85 durch die Generalversammlung zu erfolgen hatte, erscheint unbegründet; denn Aktionäre können aus ihren gesellschaftlichen Leistungen endgültige Rechte auf die dafür nach den Statuten zu gewährenden Vergütungen jedenfalls erst mit dem Ablaufe des betreffenden Rechnungsjahres erwerben, da eben der gesellschaftliche Charakter dieser Vergütung der Annahme, daß die statutgemäße Abänderlichkeit der bezüglichen Festsetzungen schon in einem früheren Zeitpunkte aufhöre, entgegensteht.

Somit ist der Klageantrag auf Ungültigkeitserklärung des Beschlusses vom 5. Juni 1885, soweit dieser die Abänderung des § 9 Abs. 5 der Statuten betrifft, vom ersten Richter mit Recht abgewiesen worden. Damit erledigen sich ohne Weiteres die eventuellen Anträge des Klägers, von denen der letzte übrigens schon deshalb unzulässig ist, weil der bezügliche Anspruch, wenn er an sich begründet wäre, im Wege der Klage auf Erfüllung zu erheben, daher die Feststellungsklage nicht statthaft zu erachten.

Dagegen kann der ersten Entscheidung hinsichtlich der beschlossenen Abänderung des § 25 Abs. 4 Nr. 1 der Statuten nicht beigepflichtet werden. Das Gesetz vom 18. Juli 1884 verbietet in Art. 217 die Auszahlung von Zinsen an die Aktionäre und gibt in Art. 185 a—c strengere Vorschriften über Bilanz und Reservefonds. Letztere sollen nach Art. 249 g § 7 auf die bestehenden Gesellschaften erst vom Beginne des auf das Inkrafttreten des neuen Gesetzes folgenden Geschäftsjahres Anwendung finden; der Art. 217, hinsichtlich dessen eine bezügliche Bestimmung nicht gegeben ist, sollte offenbar sofort in Kraft treten. Zu diesen Zeitpunkten sind also die Statuten der beklagten Gesellschaft vom 12. April 1883, soweit das neue Gesetz entgegenstehende Bestimmungen enthält, außer Kraft getreten. Demgemäß aber müssen auch die im Beschlusse vom 5. Juni 1885 enthaltenen Abänderungen, ohne daß der vom Landgerichte hervorgehobene Umstand, daß sie den neuen Vorschriften weniger zuwiderlaufen, als die dadurch abzuändernden Statuten, in Betracht kommen könnte, weil diese nach Obigem schon durch das neue Gesetz aufgehoben sind, für ungültig erachtet werden. Dies gilt jedoch nicht schon hinsichtlich des Geschäftsjahres vom 1. Juli 1884 bis dahin 1885, da die Art. 185 a—c bezüglich der in erster Linie vorzunehmenden Ueber-

weisung eines Theiles des Reingewinnes an den Reservefonds erst auf das nach dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 18. Juli 1884 beginnende Geschäftsjahr Anwendung finden, danach aber die durch den angegriffenen Beschluß erfolgte Ueberweisung von Zinsen aus dem Ueberschusse als eine nach Art. 217 zulässige Art der Vertheilung des Reingewinnes angesehen werden muß. Demgemäß ist die Klage, soweit beantragt ist, den Beschluß vom 5. Juni 1885 über Abänderung des § 25 der Statuten für ungültig zu erklären, hinsichtlich des Geschäftsjahres 1884/85 als unbegründet anzusehen, dagegen hinsichtlich der Folgezeit dem Klageantrage stattzugeben.

I. Senat. Sitzung vom 29. Dezember 1886.

Rechtsanwälte: Gorius — Schilling.

Enteignung. — Wiederkaufsrecht. — Gesetz vom 11. Juni 1874 § 57 Abs. 1.

Durch den § 57 Abs. 1 des Gesetzes vom 11. Juni 1874 ist das Wiederkaufsrecht der §§ 16ff. des Gesetzes vom 3. November 1838 auch für diejenigen Fälle beseitigt, in denen die Enteignung vor dem Inkrafttreten des ersteren Gesetzes stattgefunden hat.

Wippermann — Provinzialverband der Rheinprovinz.

Der Provinzialverband der Rheinprovinz hat gegen den Fabrikbesitzer Gustav Wippermann zu Kalk Klage auf Herausgabe eines daselbst gelegenen Grundstücks erhoben, welches der Beklagte durch Einfriedigung in Besitz genommen hatte. Dieses Grundstück war mit anderem Terrain gelegentlich der Herstellung eines Eisenbahnüberganges im Jahre 1872 von der Rheinischen Eisenbahngesellschaft gegen die Rechtsvorgänger des Beklagten, Erben Schumacher, expropriirt und demnächst mit der Straße eigenthümlich auf den klägerischen Provinzialverband übertragen worden.

In der von dem Provinzialverband eingeleiteten Prozedur erhob der Beklagte Widerklage auf Rückübertragung des Eigenthums an dem streitigen Grundstücke, indem er auf Grund der §§ 16ff. des Gesetzes vom 3. November 1838 das Wiederkaufsrecht geltend machte.

Das Landgericht zu Köln wies in seinem Urtheile vom 26. März 1886 diesen Anspruch ab. In den Gründen wird ausgeführt:

Die Frage, ob das Wiederkaufsrecht auch in Fällen von Expropriationen, welche vor der Geltung des Gesetzes vom 11. Juni 1874 erfolgt sind, also im vorliegenden Falle wegen des § 57 des letzteren Gesetzes nicht mehr beansprucht werden kann, ist bestritten. Für die Beseitigung hat sich das vormalige Obertribunal in dem Erkenntnisse vom 22. Januar 1877 (Entsch. Bd. 79 S. 45) ausgesprochen. Das Wiederkaufsrecht war nach § 18 des Gesetzes vom 3. November 1838 eine Befugniß des Eigenthümers, deren Ausübung in sein Belieben gestellt war. Uebte er sie aus, so machte er kein vertragsmäßiges, sondern ein durch das Gesetz gegebenes Recht geltend. Auf das Gesetz kann er sich aber nicht mehr stützen, da § 57 cit. die betreffenden Bestimmungen ausnahmslos beseitigt hat.

Die gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung wurde auch bezüglich dieses Anspruchs vom Oberlandesgerichte verworfen und zwar insoweit aus folgenden

Gründen:

Der Wiederkaufsanspruch, auf dessen Geltendmachung der Beklagte in dieser Instanz das Hauptgewicht legt, wird auf § 16 des Gesetzes vom 3. November 1838 gestützt. Diese Vorschrift ist aber durch § 57 des Gesetzes über die Enteignung von Grundeigenthum vom 11. Juni 1874 aufgehoben, und erübrigt es sich, in die Untersuchung einzutreten, ob schon vor Emanation des letzteren Gesetzes für den Beklagten oder dessen Vorbesitzer die Voraussetzungen zur Ausübung des Wiederkaufsrechtes nach dem früheren Gesetze eingetreten waren, insbesondere auch, ob dieses Gesetz einen auch gegen den dritten Besitzer des expropriirten Grundstücks wirksamen Anspruch auf Wiederkauf gegeben hat, da der citirte § 57 ausdrücklich alle Bestimmungen über das Wiederkaufsrecht bezüglich des enteigneten Grundstücks aufgehoben und hiermit nicht blos für die Zukunft das gesetzliche Wiederkaufsrecht beseitigt, sondern auch für die Fälle der früheren Expropriationen alle solche Ansprüche ausgeschlossen hat.

Das ist zwar bestritten, aber von dem früheren Preußischen Obertribunal in der vom ersten Richter bezogenen Entscheidung mit überzeugenden Gründen nachgewiesen. Es kann nicht an=

genommen werden, daß der Gesetzgeber bei gleichen Rechtsinstituten, bei der gleichen Sachlage verschiedene Gesetzgebungen auf ganz unbestimmte Zeit hat fortbestehen und den Verkehr einer unvermeidlichen Verwirrung hat aussetzen wollen. Daß dieses nicht beabsichtigt gewesen, der Wille des Gesetzgebers vielmehr dahin gegangen ist, daß das nach der früheren Gesetzgebung zulässige Wiederkaufsrecht nicht weiter bestehen solle, das zeigt, wie das Obertribunal näher ausführt, die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, und ist dieser Wille des Gesetzgebers auch nach diesseitiger Auffassung im Wortlaute des citirten § 57 zum deutlich erkennbaren Ausdruck gekommen.

I. Senat. Sitzung vom 26. Januar 1887.

Rechtsanwälte: Schmitz — Schilling.

Testament. — Disponibele Quote. — Ehegatte.

Die Bestimmung des Art. 1094 des B. G.-B., wonach der Ehegatte, welcher Kinder oder Descendenten hinterläßt, zu Gunsten des anderen Ehegatten entweder über ein Viertel zum Eigenthum und ein Viertel zum Nießbrauch oder über die Hälfte seines ganzen Vermögens zum Nießbrauch verfügen kann, ist nicht in dem Sinne alternativ, daß der bedachte Ehegatte zwischen dem Einen oder Anderen die Wahl hätte. Das Wahlrecht steht vielmehr dem Testator zu, ob er die eine oder andere Verfügung treffen will, und ist es im einzelnen Falle Sache des Richters, zu prüfen, welche Verfügung derselbe getroffen hat.*)

Blumenberg — Hesemann.

In der Theilungssache der Eheleute Anton Hesemann und Sibylla geb. Schaffrath zu Roggendorf bei Dormagen und der Eheleute August Blumenberg und Charlotte geb. Scheidt zu Trier über den Nachlaß der am 2. Juli 1885 verstorbenen Adelheid Hecker, Wittwe erster Ehe von Reiner Joseph Schaffrath

*) Laurent XV Nr. 354, Zachariä-Dreyer IV § 688 Note 10 in fine.

und zweiter Ehe von Johann Scheidt, wurde seitens der Eheleute Hesemann ein eigenhändiges Testament des genannten zweiten Ehemannes der Erblasserin, Johann Scheidt, produzirt, durch welches dieser seiner Ehefrau „alles vermacht hat, worüber das Gesetz ihm zu ihren Gunsten zu verfügen erlaubt." Auf Grund dieses Testamentes beanspruchten die Eheleute Hesemann, daß von dem Nachlasse des Johann Scheidt ein Viertel zum vollen Eigenthum und ein Viertel zum Nießbrauch bis zum 2. Juli 1885 dem Nachlasse der Wittwe Scheidt überwiesen werde, und erhoben, als die Eheleute Blumenberg diesen Anspruch bestritten, Klage auf Theilung des Nachlasses des Johann Scheidt zum Landgerichte zu Düsseldorf, welche durch Urtheil vom 26. März 1886 zugesprochen wurde. Seitens der Beklagten wurde außer anderen Einreden geltend gemacht, der Art. 1094 des B. G.-B. gebe dem bedachten Ehegatten das Wahlrecht, entweder ein Viertel zum vollen Eigenthum und ein Viertel zum Nießbrauch oder die Hälfte des Nachlasses zum Nießbrauch in Anspruch zu nehmen; diese Wahl sei untergebens als zu Gunsten der Intestaterben getroffen anzusehen, da die Wittwe Scheidt niemals ihren Willen kund gegeben habe, ein Viertel des Nachlasses ihres zweiten Ehemannes als ihr Eigenthum zu beanspruchen.

Das Oberlandesgericht trat indessen den gegentheiligen Ausführungen der Kläger und des Urtheiles des Landgerichts bei und verwarf die erhobene Berufung insoweit aus folgenden

Gründen:

Was die zwischen den Parteien streitige Frage des Wahlrechts und des Umfangs der testamentarischen Disposition betrifft, so spricht nicht nur der Wortlaut des Art. 1094 des B. G.-B., sondern auch die vorherrschende Meinung der Doktrin und Jurisprudenz dafür, daß das Wahlrecht nicht dem Legatar, sondern dem Testator zusteht. Im vorliegenden Falle hat der Testator, ohne sich an die eine oder andere Alternative, welche das Objekt der Verfügung sein kann, zu halten, dahin testirt, daß er seiner Ehefrau von seinem gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen alles vermacht, was ihm das Gesetz erlaubt. Bei dieser ohne jede Beschränkung auf den Nießbrauch getroffenen Disposition, in welcher der Testator als Objekt derselben sein Vermögen bezeichnet, ist aber die Absicht desselben

unverkennbar dahin gegangen, seiner Frau das Maximum dessen, worüber er verfügen durfte, also ein Viertel Eigenthum und ein Viertel Nießbrauch zuzuwenden. Unzweifelhaft konnte die Wittwe Scheidt, wie auf das ganze Vermächtniß, so auf einen Theil desselben verzichten; allein auf die Nutznießung hat sie thatsächlich nicht verzichtet, da sie dieselbe bis zu ihrem Tode ausgeübt hat, und auf das Eigenthum hätte sie nur in der Form einer Schenkung verzichten können, so daß der in dieser Hinsicht erbotene Beweis keine Berücksichtigung finden kann.

II. Senat. Sitzung vom 28. Januar 1887.
Rechtsanwälte: Schilling — Schmitz.

Mahnverfahren. — Klageerhebung. — Zinsen.

Wird in einem Mahnverfahren auf eingelegten Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl Klage zum Landgerichte binnen der im § 637 der Civilprozeßordnung vorgesehenen Frist erhoben, so hat der Kläger Anspruch auf Zinsen seit dem Tage der Zustellung des Zahlungsbefehls und nicht erst seit dem Tage der Zustellung der Klage.

Behrendt — von Vietinghoff.

So entschieden vom Oberlandesgerichte unter theilweiser Abänderung des Urtheiles des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 20 Oktober 1886, indem erwogen wurde, daß die Zinsen dem Kläger nach Art. 1153 Abs. 3 des B. G.-B. vom Tage der Klageerhebung ab zuständen, daß dem Tage der Klageerhebung hinsichtlich des Eintritts und der Wirkungen der Rechtshängigkeit durch die §§ 633, 239 und 635 der Civilprozeßordnung für das Mahnverfahren die Zustellung des Zahlbefehls ausdrücklich gleichgestellt sei, und im Falle der auf erfolgten Widerspruch beim Landgerichte zu erhebenden Klage nach § 637 ibidem die Wirkungen der Rechtshängigkeit bestehen blieben, sofern, wie untergebens, die Klage binnen der dort angegebenen sechsmonatigen Frist erhoben werde.

II. Senat. Sitzung vom 5. Februar 1887.
Rechtsanwalt: Am Zehnhoff.

Stempel. — Kauf- und Lieferungsverträge. — Werthstempel.

Kauf- und Lieferungsverträge über im Inlande von einem der Kontrahenten erzeugte oder hergestellte Mengen von Sachen oder Waaren, die entweder zum Gebrauche als gewerbliche Betriebsmaterialien oder zur Wiederveräußerung in derselben Beschaffenheit oder nach vorgängiger Bearbeitung und Verarbeitung bestimmt sind, sind durch den § 17 des jetzigen Textes des Reichsstempelabgabengesetzes (R. G. Bl. 1885 S. 179 ff.) der Verstempelung durch die Landesgesetzgebung auch dann entzogen, wenn dieselben **nicht** unter Zugrundelegung von Usancen einer Börse geschlossen werden und **andere**, als börsenmäßig gehandelte Waaren betreffen.

Königl. Provinzial-Steuer-Direktion zu Köln — Aktiengesellschaft Aachener Hütten-Aktienverein.

Der Königl. Preußische Stempelfiskal zu Aachen hat zu vier Verträgen, welche die Aktiengesellschaft unter der Firma Aachener Hütten-Aktienverein zu Rothe Erde mit der Brachbacher Hochofengesellschaft, mit der Köln-Müsener Bergwerksaktiengesellschaft, mit der Firma E. Böcking & Comp. zu Mülheim am Rhein und mit Franz Joseph Bronzel zu Olpe im November 1885 abgeschlossen hat, und welche den Kauf bezw. die Lieferung von Spiegeleisen, bezw. Stahlbillets, bezw. Flußeisenbremmen und Platinen zum Gegenstande haben, den Betrag von 1/3 Prozent des Kaufpreises mit im Ganzen 167 Mark 50 Pfg. defektirt mit der Begründung, daß nach der Anmerkung zu Tarifnummer 4B des Börsensteuergesetzes vom 29. Mai 1885 Kaufgeschäfte über im Inlande von einem der Kontrahenten erzeugte oder hergestellte Mengen von Sachen oder Waaren nicht diesem Gesetze unterlägen, zu den Beurkundungen derartiger Verträge daher der Preußische Landesstempel erforderlich sei.

Die Steuerbehörde geht hierbei, wie dieses insbesondere eine Verfügung des Provinzial-Steuerdirektors zu Köln vom 15. Februar 1886 an die Stempelfiskalate ergibt, von der Annahme aus, daß durch das Reichsgesetz vom 29. Mai 1885 Kauf- und Lieferungsgeschäfte, soweit sie nicht unter

Zugrundelegung von Usancen einer Börse geschlossen werden oder Waaren betreffen, welche börsenmäßig gehandelt werden, — abweichend von dem Standpunkte des Gesetzes vom 1. Juli 1881 — aus dem Rahmen der der reichsgesetzlichen Besteuerung zu unterwerfenden Geschäfte hätten ausgeschieden werden sollen; daß die Anmerkung zu Nr. 4 B des Tarifs des ersteren Gesetzes daher auf derartige nicht börsenmäßige Geschäfte nicht anwendbar sei, dieselben daher auch nicht durch den § 17 leg. cit. der Verstempelung durch die Landesgesetzgebung entzogen seien; daß aber nach Aufhebung der Allerh. Kabinetsordre vom 30. April 1847 durch das Preußische Gesetz vom 6. Juni 1884 der Preußische Landesstempel nach der Tarifposition „Kauf- und Lieferungsverträge" des Gesetzes vom 7. März 1822 mit 1/3 Prozent des Kaufpreises von den fraglichen Geschäften zu erheben sei.

Nachdem die genannte Aktiengesellschaft den defektirten Betrag unter Vorbehalt bezahlt hatte, hat dieselbe Klage auf Rückzahlung desselben gegen den Preußischen Steuerfiskus in der Person des Königl. Provinzial-Steuerdirektors zu Köln zum Landgerichte daselbst erhoben. Seitens der klägerischen Gesellschaft wurde dem Standpunkte der Steuerbehörde gegenüber zur Begründung der Klage in erster Linie geltend gemacht, daß die Behauptung des Fiskus, daß durch das Preußische Gesetz vom 6. Juni 1884 die Tarifposition „Kauf- und Lieferungsverträge" des Gesetzes vom 7. März 1822 wiederhergestellt sei, für die hier in Rede stehenden Geschäfte nach Lage der Gesetzgebung nicht zutreffend sei, und in zweiter Linie aufgestellt, daß das Reichsgesetz vom 29. Mai 1885 auch die Kauf- und Lieferungsgeschäfte, die nicht börsenmäßiger Natur seien, wie dieses die Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergebe, nicht nur vom Reichsstempel befreit, sondern auch der Verstempelung durch die Landesgesetze entzogen habe.

Das Landgericht schloß sich der letzteren Ansicht an und sprach durch Urtheil vom 14. Juli 1886 die Klage zu. Die gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung verwarf das Oberlandesgericht aus folgenden

Gründen:

Mit Unrecht bestreitet Klägerin die Anwendbarkeit der Tarifposition „Kauf- und Lieferungsgeschäfte" des Preußischen

Stempelgesetzes vom 7. März 1822 auf die hier fraglichen Geschäftsabschlüsse mit der Ausführung, jene Tarifposition sei durch das Preußische Gesetz vom 6. Juni 1884 völlig umgestaltet worden und sie könne daher auch, im Falle — entgegen der erstrichterlichen Entscheidung — anzunehmen sei, daß Lieferungsgeschäfte, welche durch das Reichsgesetz vom 1. Juli 1881 mit Reichsabgaben belegt, dagegen vom Landesstempel befreit worden, mit der Befreiung von der Reichsabgabe durch das Reichsgesetz vom 29. Mai 1885 der Besteuerung durch das Landesgesetz wieder anheimgefallen seien, nicht von selbst wieder in Wirksamkeit treten, sondern nur durch ein neues Landesgesetz neue Geltung erhalten. Das Preußische Gesetz von 1884 bezweckte, wie in Uebereinstimmung mit dessen Motiven bei der ersten Berathung im Abgeordnetenhause (Stenographische Berichte 1883/84 Band 3 Seite 1604) der Finanzminister hervorhob, die Wiederherstellung des von 1822 bis 1847 bestandenen Rechtszustandes, nachdem die Bedenken, welche in der Kabinetsordre vom 30. April 1847 berücksichtigt worden, durch die Reichsstempelgesetzgebung von 1881 weggefallen seien, indem letztere das große Gebiet, auf welchem der 1/3 Prozent-Stempel als zu drückend empfunden worden, der Landesgesetzgebung entzogen habe. Wenn nun auch dem nur die Aufhebung jener Kabinetsordre aussprechenden Gesetzentwurfe einige weitere, an die §§ 9a und 9b des Reichsgesetzes von 1881 anschließende Bestimmungen hinzugefügt worden sind, so sollte das neue Gesetz doch auch in dieser Fassung keineswegs eine vollständige Neuregelung der Landessteuer von kaufmännischen Kauf- und Lieferungsgeschäften enthalten, da vielmehr allseitiges Einverständniß darüber erklärt wurde, daß die in § 9c des Reichsgesetzes der Landesbesteuerung überlassenen Geschäfte „über weder als gewerbliche Betriebsmaterialien, noch zur Weiterveräußerung dienende Sachen und Waaren“ in Folge Aufhebung der Kabinetsordre von 1847 dem Werthstempel von 1/3 Prozent nach dem Gesetze vom 7. März 1822 wieder unterliegen würden, den diese Geschäfte auch füglich tragen könnten. Somit kann die fortdauernde Geltung dieses Gesetzes für alle der Landesbesteuerung anheimfallende Kauf- und Lieferungsgeschäfte nicht zweifelhaft erscheinen.

Bezüglich der weiteren Frage, ob die in Rede stehenden Geschäfte, seitdem sie von der Reichsabgabe des Reichsgesetzes von

1881 durch das abändernde Reichsgesetz vom 29. Mai 1885 befreit wurden, der Landesbesteuerung wieder anheimgefallen sind, ist den zutreffenden Ausführungen des Landgerichts beizupflichten.

Das Reichsgesetz von 1881 belastete in Tarifposition 4 a: „Schriftstücke über den Abschluß und die Prolongation eines Kauf-, Rückkauf-, Tausch- oder Lieferungsgeschäftes, welches ..... Mengen von solchen Waaren, die nach Gewicht, Maß oder Zahl gehandelt zu werden pflegen, zum Gegenstande hat, mit einem Fixstempel von 20 Pfennigen (als Zeitgeschäfte mit einer Mark)."

Die dem Landesstempel belassenen Ausnahmen im § 9, speziell 9 c sind schon oben berührt worden.

Nach Erlaß des Preußischen Gesetzes vom 6. Juni 1884 brachten im Reichstage die Abgeordneten von Wedell-Malchow und Genossen einen Gesetzentwurf behufs Abänderung des Reichsgesetzes von 1881 ein, welcher an Stelle des Fixstempels einen prozentualen Stempel einführen und insbesondere die Tarifposition 4 umgestalten sollte. Diese erlangte im Gesetze folgende Fassung unter 4 B: „Kauf- und sonstige Anschaffungsgeschäfte, welche unter Zugrundelegung von Usancen einer Börse geschlossen werden, über Mengen von Waaren, die börsenmäßig gehandelt werden, 2/10 pro Tausend. Als börsenmäßig gehandelt gelten diejenigen Waaren, für welche an der Börse, deren Usancen für das Geschäft maßgebend sind, Terminpreise notirt werden."

Der Tarifposition 4 folgten im von Wedell'schen Entwurfe verschiedene „Befreiungen," darunter: 3. für Geschäfte über solche zur Weiterveräußerung bestimmte Sachen oder Waaren, welche „von einem der Kontrahenten erzeugt oder handwerks- oder fabrikmäßig hergestellt sind."

Bei der dritten Berathung wurde unter Beseitigung dieser Nummer 3 der „Befreiungen" der Tarifposition 4 B eine „Anmerkung" beigefügt: „Kauf- und sonstige Anschaffungsgeschäfte über im Inlande von einem der Kontrahenten erzeugte oder hergestellte Mengen von Sachen oder Waaren sind steuerfrei."

Wie der Abgeordnete Gamp als Berichterstatter der Kommission (Stenographische Berichte Band 4 Seite 2640) erklärte, ist diese Bestimmung nur deshalb statt unter „Befreiungen" als besondere Anmerkung aufgenommen worden, um einer nicht beabsichtigten Auslegung entgegenzutreten und die Steuer-

freiheit der fraglichen Geschäfte noch sicherer zu stellen; damit werde den insbesondere auch vom Reichskanzler vertretenen Interessen der Produzenten in Landwirthschaft und Industrie vollständig Rechnung getragen.

Hiernach muß aber die in § 17 des Gesetzes ausgesprochene Befreiung vom Landesstempel für „die nach der Tarifnummer 4 abgabepflichtigen," sowie „für die unter Befreiungen aufgeführten Geschäfte," nicht nur auf die noch jetzt unter „Befreiungen," sondern auch auf die in der Anmerkung bezeichneten Anwendung finden, da ja diese den übrigen „Befreiungen" unmittelbar vorgesetzte Anmerkung thatsächlich auch nur eine Befreiung enthält.

Da diese Umgestaltung der Nummer 3 der Befreiungen zu einer Anmerkung erst in dritter Berathung erfolgt, so ist es erklärlich, daß hierbei übersehen wurde, bei dem — in allen Berathungen unbeachtet gebliebenen — § 17 des Gesetzentwurfes ebenfalls eine entsprechende Fassungsänderung vorzunehmen.

Andererseits wurde ja von keiner Seite etwa beabsichtigt, durch die Ausscheidung der Nummer 3 der Befreiungen zu einer Anmerkung den darin bezeichneten Geschäften die Befreiung vom Landesstempel nach § 17 zu entziehen, da vielmehr alle Betheiligte mit dem Reichskanzler einig darin waren, daß „der Produzent für das, was er produzirt, frei sein" solle (Band 4 Seite 2525). Daß allerdings von der Befreiung vom Landesstempel bei den Berathungen überhaupt keine Rede gewesen ist, erklärt sich einerseits dadurch, daß der bezügliche § 17 ganz unangefochten geblieben, die Befreiung von den Landessteuern daher als gesichert erscheinen mußte, andererseits dadurch, daß letztere ja nicht erst einzuführen, vielmehr in dieser Hinsicht nur der durch das Reichsgesetz von 1881 geschaffene Rechtszustand zu erhalten war, an die Möglichkeit einer Aenderung desselben im Sinne der heutigen Ausführungen des Beklagten aber, wonach diese Geschäfte seit ihrer Befreiung von der kleinen Reichsabgabe des Reichsgesetzes von 1881 in Preußen wieder dem seit Jahrzehnten als für sie unbillig drückend anerkannten 1/3 Prozent-Stempel des Gesetzes vom 7. März 1822 unterliegen sollen, bei der allseitig bestehenden Absicht weiterer Begünstigung der Produzenten Niemand denken konnte.

Ebensowenig aber darf die — in ihrem Wortlaute ganz

allgemein gefaßte — Anmerkung eine einschränkende Auslegung mit Rücksicht auf ihre Stellung unter der Tarifnummer 4B dahin erhalten, daß sie nur solche Geschäfte der Produzenten, welche zur Kategorie der Nummer 4B gehören, also börsenmäßig gehandelte, betreffen solle.

Ist ja doch nach den Erklärungen des Abgeordneten Gamp diese Bestimmung eben deshalb als besondere Anmerkung hingestellt worden, um die vom Reichskanzler befürchtete Prüfung der Verträge von Produzenten auf etwaige Aehnlichkeit mit börsenmäßigen auszuschließen.

Da ferner Gamp ausdrücklich erklärt hat, man habe die Absicht, die Transaktionen der Industrie der Landwirthschaft und des Handwerks von der Stempelsteuer zu befreien, bei Geschäften des Handwerks aber doch wohl nicht an börsenmäßige zu denken ist, so muß in der Anmerkung ein ganz allgemeiner Ausspruch erblickt werden.

Kann dadurch freilich eine Befreiung von der Reichsbörsensteuer nur für börsenmäßige Geschäfte, also solche über Waaren, für welche an einer Börse Terminpreise notirt werden, eintreten, so muß die Anmerkung in Verbindung mit § 17 eine ganz allgemeine Befreiung der Geschäfte der Produzenten von der Landessteuer, beziehungsweise untergebens die Fortdauer der schon bei Erlaß des Reichsbörsengesetzes bestehenden Befreiung, bewirken. Ist auch vielleicht zuzugeben, daß eine besondere hierauf gerichtete Absicht der Gesetzgeber nicht bestanden haben möchte, so entspricht doch das nach dieser Auslegung eintretende Ergebniß sowohl dem ganz allgemeinen Wortlaute der Bestimmung, als der nicht nur auf Erhaltung der bestehenden, sondern auf noch weitergehende Befreiung der Produzenten gerichteten Absicht aller Faktoren der Gesetzgebung.

Unbegründet erscheint endlich auch der Einwand der Beklagten, eine solche Auslegung könne deshalb nicht annehmbar erscheinen, weil die Reichsgesetzgebung zur Befreiung von Landessteuern nur hinsichtlich der von ihr zu Gegenständen der Reichsbesteuerung gemachten Geschäfte befugt gewesen. Zunächst ist zu beachten, daß die hier fraglichen Geschäfte durch das sie mit Reichsabgaben belastende Reichsgesetz von 1881 der Landesbesteuerung entzogen waren.

Sodann sprechen die Motive dieses Gesetzes ganz allgemein aus, die Besteuerung des Handelsverkehrs bilde einen Gegen-

stand, welcher nur im Wege der Reichsgesetzgebung geregelt werden könne.

Jedenfalls aber ist nicht abzusehen, weshalb ein Reichsgesetz, indem es Reichsabgaben für Handelsgeschäfte feststellt, nicht für gewisse Arten derselben im Gesammtinteresse des Handelsverkehrs, indem es deren Befreiung von Reichsabgaben anordnet, auch eine Belastung mit Landessteuern — insbesondere, wie gerade hier in Frage steht, in weit höherem Maße — sollte ausschließen können.

Sind nach obigen Ausführungen alle Schriftstücke über den Abschluß von Kauf- und Lieferungsgeschäften der Produzenten zur Wiederveräußerung oder zum Gebrauche als gewerbliche Betriebsmaterialien von Landessteuern frei zu erachten, so bedarf es untergebens einer Erörterung überhaupt nicht, ob in der vorliegenden Korrespondenz eine stempelpflichtige Beurkundung der hier fraglichen 4 Geschäftsabschlüsse der Klägerin zu erblicken sei.

Somit ist die Beklagte mit Recht zur Rückerstattung der von der Stempelbehörde defektirten, seitens der Klägerin unter Vorbehalt gezahlten Stempelbeträge nebst Zinsen vom Klagetage verurtheilt worden, daher die Berufung unter Kostenfolge zu verwerfen.

I. Senat. Sitzung vom 16. Februar 1887.

Rechtsanwälte: Vagedes — Schilling.

Vermächtniß. — Korporation. — Pfarrkirche. — Landesherrliche Genehmigung. — Theilweiser Verzicht.

Uebersteigen mehrere Vermächtnisse mit verschiedener Zweckbestimmung an dieselbe Korporation oder juristische Person zusammen den Betrag von 3000 Mark, wird jedoch in Folge Verzichts derselben auf eins oder mehrere der Vermächtnisse der Gesammtbetrag auf einen Betrag unter 3000 Mark reduzirt, so bedarf es zur Annahme der verbleibenden Vermächtnisse der landesherrlichen Genehmigung in Gemäßheit des § 2 des Gesetzes vom 23. Februar 1870 jedenfalls dann nicht, wenn die Annahme ausgeschlossen ist, daß der Verzicht erfolgt ist, um die gesetzlichen Be-

stimmungen über die erforderliche staatliche Genehmigung zu umgehen.

Katholische Pfarrkirche Süchtelen — Hamers.

Der zu Süchtelen am Sittard verlebte Ackerer Nikolaus Pooken hat durch Testament vom 11. März 1875 der katholischen Kirche zu Süchtelen vier Legate im Betrage von 250, 320, 300 und 200 Thalern und zwar jedes mit besonderer Zweckbestimmung vermacht. Das letzte Legat von 200 Thalern war bestimmt zum Besten des Franziskus-Xaverius-Vereins zu Süchtelen. In Folge Bedenken, welche die Verwaltungsbehörden hinsichtlich dieses Legates auf den Antrag um landesherrliche Genehmigung erhoben, leistete der Kirchenvorstand auf dasselbe Verzicht, und wurde der Kirchenvorstand demnächst im Auftrage der Königl. Regierung zu Düsseldorf von dem Königl. Landrathe zu Kempen dahin verständigt, daß er zur Annahme der nunmehr zusammen nur 870 Thaler oder 2610 Mark betragenden Legate nach § 2 des Gesetzes vom 23. Februar 1870 der landesherrlichen Genehmigung nicht bedürfe.

Demnächst erhob einer der Intestaterben des Nikolaus Pooken Namens Hamers gegen den Kirchenvorstand Klage zum Landgerichte Cleve auf Hinfälligkeitserklärung der Gesammtlegate im Betrage von 3210 Mark und Herauszahlung des auf den Kläger entfallenden Antheiles mit 362 Mark 50 Pfg. an diesen, indem er zur Begründung dieser Klage sich auf den Mangel der nach seiner Aufstellung in Gemäßheit des Gesetzes vom 23. Februar 1870 erforderlichen landesherrlichen Genehmigung zur Annahme der Legate stützte.

Die Klage wurde durch Urtheil des Landgerichts vom 23. Oktober 1886 zugesprochen, dagegen auf erhobene Berufung vom Oberlandesgerichte abgewiesen aus folgenden

Gründen:

Es ist nicht abzusehen, warum ein Legatar nicht auf einen Theil des ihm zugewandten Vermächtnisses zu verzichten befugt sein soll, vorausgesetzt, daß die theilweise Annahme des Legates nicht mit dem ausdrücklich erklärten oder indirekt aus dem Wortlaute des Testamentes zu entnehmenden Willen des Testators in Widerspruch steht. Beides ist hier nicht der Fall

und zwar umsoweniger, als in dem Testamente selbst das Vermächtniß nach den verschiedenen Zweckbestimmungen desselben in 4 gesonderte Legate zerlegt ist. Da nun die eingesetzte Kirche auf das Legat sub d. „200 Thaler, wovon die Zinsen zu Gunsten des Franziskus-Xaverius-Vereins verwendet werden sollen," verzichtet hat — wie der Beschluß des Kirchenvorstandes vom 31. März 1876 und die Quittung vom 23. Mai 1878, betr. Rückzahlung der legirten Summe, welche der mit der Regulirung des Nachlasses beauftragte Notar bereits der Kirche eingehändigt hatte, an die Intestaterben ausweist, — so kann für die Frage, ob zur Gültigkeit der 3 anderen Legate die landesherrliche Genehmigung gemäß § 2 des Gesetzes vom 23. Februar 1870 erforderlich ist, auch nur der Werthbetrag dieser Zuwendungen maßgebend sein.

Dem steht auch nicht, wie der Vorderrichter annimmt, die Fassung des besagten Paragraphen entgegen, dahin gehend, daß Zuwendungen durch Schenkung oder Testament an die Corporationen und juristischen Personen, worauf das Gesetz sich bezieht, zu ihrer Gültigkeit ihrem vollen Betrage nach der landesherrlichen Genehmigung bedürfen, wenn ihr Werth die Summe von 1000 Thaler übersteigt. Denn das Gesetz hat damit offensichtlich nur ausdrücken wollen, daß Schenkungen oder letztwillige Zuwendungen, wenn sie ihrem Werthe nach die Summe von 1000 Thaler übersteigen, auch für den Betrag bis 1000 Thaler einschließlich der Genehmigung bedürfen sollen. Wenn aber der erste Richter zugleich auf die Möglichkeit der Umgehung des Gesetzes dadurch hinweist, daß in Folge der nur theilweisen Annahme eines seinem Werthbetrage nach der landesherrlichen Genehmigung unterliegenden Legates und zwar nur bis zum Betrage von 1000 Thaler oder weniger der Legatar in die Lage gesetzt würde, in diesem Umfange das Vermächtniß ohne die sonst dafür erforderliche Genehmigung an sich ziehen zu können, so liegt untergebens ein derartiger Fall keineswegs vor; denn der Kirchenvorstand hat, wie sich aus der Correspondenz desselben mit dem Königlichen Landrathe zu Kempen bezw. der Königlichen Regierung zu Düsseldorf ergibt, bei den zur Vermittelung der landesherrlichen Genehmigung zunächst berufenen Behörden die erforderlichen Schritte gethan, um dieselbe für das ganze aus den Einzellegaten bestehende Vermächtniß zu erwirken, ist aber gerade durch diese

Behörden veranlaßt worden, auf das Legat sub d. des Testamentes zu verzichten, weil der Franziskus-Xaverius-Verein keine Corporationsrechte habe, mit dem ausdrücklichen Bescheid hinsichtlich der 3 übrigen Legate, daß es für diese mit Rücksicht auf die Höhe des Gesammtbetrages derselben der Genehmigung nicht bedürfe.

Auch auf die seitens des Kirchenvorstandes an den Minister der geistlichen Angelegenheiten im Laufe des gegenwärtigen Prozesses gerichtete Eingabe um Befürwortung ihres mit Rücksicht auf den letzteren erneuten Gesuches auf Ertheilung der landesherrlichen Genehmigung für die ganze der Kirche in dem fraglichen Testamente gemachte Zuwendung ist demselben der nämliche Bescheid zu Theil geworden. Die Klage erweist sich demnach als unbegründet.

III. Senat. Sitzung vom 1. März 1887.

Rechtsanwälte: Schilling — Wachendorf.

Markenschutz. — Waarenzeichen. — Wappen. — Urheberrecht.

Der Umstand, daß ein Waarenzeichen bis zum Beginne des Jahres 1875 im Verkehr allgemein als Kennzeichen der Waaren eines bestimmten Gewerbetreibenden gegolten hat, kann ein Anrecht auf dieses Zeichen in Gemäßheit des § 3 Abs. 1 des Markenschutzgesetzes vom 30. November 1874 dann nicht begründen, wenn dasselbe der Verbotsbestimmung des § 3 Abs. 2 ibid. entgegen ein öffentliches inländisches Wappen enthält. Wesentliche Abweichungen von der Darstellung eines öffentlichen inländischen Wappens auf einem Waarenzeichen schließen indessen die Anwendbarkeit der vorbezogenen Verbotsbestimmung des § 3 Abs. 2 cit. aus.

Auf das Urheberrecht einer als Waarenzeichen benutzten Zeichnung kann sich dem Inhaber des eingetragenen Waarenzeichens gegenüber jedenfalls nur entweder der Urheber selbst oder derjenige mit Erfolg berufen, auf welchen das Urheberrecht durch Rechtsnachfolge übergegangen ist, nicht aber

derjenige, dem gegenüber der Urheber die ausschließliche Vervielfältigung der Zeichnung übernommen hat.

Die Bestimmung des § 9 des Markenschutzgesetzes, wonach nur solche landesgesetzlich geschützte Zeichen, welche **vor dem 1. Oktober 1875 eingetragen sind**, dem Erwerbe Dritter gegenüber gesichert sind, findet auf die in Gemäßheit der §§ 2 und 9 des Gesetzes vom 11. Juni 1837 geschützten Werke der bildenden Kunst keine Anwendung.

Halle & Beckmann — Haag.

So entschieden vom Oberlandesgerichte unter Verwerfung der Berufung gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Bonn vom 13. Oktober 1885 aus folgenden, auch die thatsächlichen Momente, soweit dieselben zum Verständniß erforderlich sind, enthaltenden

Gründen:

Der der Klage entgegengesetzte Einwand, daß die am 28. November 1881 beim Königl. Amtsgerichte zu Bonn unter Nr. 30 des Zeichenregisters erfolgte Eintragung des streitigen Waarenzeichens nach § 3 Abs. 2 des Markenschutzgegesetzes vom 30. November 1874 aus dem Grunde unzulässig und zur Gewährung des gesetzlichen Schutzes ungeeignet gewesen sei, weil dasselbe zur rechten Seite des Löwenbildes das Wappen der Stadt Bonn, mithin ein inländisches öffentliches Wappen enthalte, ist bereits von dem ersten Richter mit Recht verworfen worden. Denn wenn auch die Erheblichkeit dieser Einrede nicht durch die von dem Berufungsbeklagten zum Beweise verstellte Behauptung ausgeräumt werden kann, „daß das fragliche Waarenzeichen bis zum Jahre 1875 im Verkehr allgemein als Kennzeichen der Waaren des Greve-Stirnberg gegolten habe," da, wie das Reichsgericht, zweiter Civilsenat, in seinem Urtheile vom 30. Oktober 1883 (Blum Annalen, Band 9 Seite 43) ausgeführt, § 3 Abs. 1 cit. bezüglich solcher Kennzeichen einen noch zur Zeit der Anmeldung vorliegenden Besitzstand voraussetzt, ein solcher jedoch, wofern jenes Waarenzeichen ein öffentliches inländisches Wappen enthielte, der Verbotsbestimmung des § 3 Abs. 2 cit. gegenüber am 28. November 1881 nicht vorhanden gewesen sein würde, so erscheint

doch die Annahme, daß das in Rede stehende Wappen als dasjenige der Stadt Bonn angesehen werden müsse, thatsächlich unrichtig.

Will man nämlich auch von dem Umstande, daß, wie dem Gerichte in dem auch bei der Verhandlung der vorliegenden Sache in Bezug genommenen Vorprozesse der Parteien dargelegt worden, die Farbenzeichnung des Bonner Wappens von derjenigen des Wappens auf der Etikette des Berufungsbeklagten insofern abweicht, als jenes einen rothen Löwen im blauen Felde, letzteres einen goldenen Löwen in rothem Felde zeigt, um deswillen absehen, weil es nicht als maßgebend erachtet werden könnte, in welchen Farben das Wappen auf der Etikette bezeichnet ist, vielmehr nur in Frage steht, ob die in den eingetragenen Waarenzeichen selbst als das „Bonner Wappen" bezeichnete Figur (— nicht dessen colorirte Wiedergabe in der Etikette —) sich als das „Wappen der Stadt Bonn" darstellt, so ist doch zunächst nicht außer Acht zu lassen, daß das streitige Wappen in dem eingetragenen Waarenzeichen die Wappenfarben der unteren hier in Betracht kommenden Hälfte überhaupt nicht andeutet (wie dies sonst bei farbloser Darstellung colorirter Wappen durch Striche und Punkte zu geschehen pflegt), es insofern mithin wesentlicher Bestandtheile und Unterscheidungsmerkmale und gewisser für die Individualität eines bestimmten Wappens erheblicher Momente ermangelt. Zum Anderen aber ergibt sich aus der von den Berufungsklägern vorgelegten amtlich beglaubigten Nachbildung des Bonner Stadtwappens, daß auch die äußere Gestalt desselben von der in dem Waarenzeichen befindlichen Darstellung abweicht, vor Allem aber, daß die letztere trotz der vorhandenen Uebereinstimmung des Kreuzes und des Löwen in den beiden Feldern als eine Wiedergabe des Bonner Stadtwappens aus dem Grunde nicht angesehen werden kann, weil in derselben die zu dem Bonner Stadtwappen gehörige Mauerkrone fehlt, ein Umstand, welcher gerade um deswillen als ein wesentliches unterscheidendes Moment angesehen werden muß, weil, wie die Berufungskläger selbst hervorheben, Mauerkronen ein geradezu charakteristisches heraldisches Element in dem Wappen früher befestigt gewesener Städte bilden.

Mit Rücksicht auf alles dieses muß allerdings soviel als richtig anerkannt werden, daß die in Frage stehende Figur

Bestandtheile des Bonner Stadtwappens, wie sich solche in manchen Familien-, Stadt- und Staatswappen vorfinden, enthält, daß auch die Zusammenstellung derselben an das Gesammtbild des Bonner Stadtwappens erinnert; ein Weiteres ist jedoch nicht dargethan. Da aber nach dem in der Rechtsprechung des früheren Reichsoberhandelsgerichts für die Beurtheilung der Vorschrift des § 3 cit. als maßgebend anerkannten Grundsatze Ausnahmebestimmungen, wie die in Frage stehenden, einer möglichst einschränkenden Interpretation unterliegen, so kann es Angesichts der hervorgehobenen Unterschiede keineswegs gerechtfertigt erscheinen, in dem fraglichen Wappenbilde eine der Verbotsvorschrift des § 3 Abs. 2 cit. zuwiderlaufende bildliche Wiedergabe des Wappens der Stadt Bonn erblicken zu wollen.

Der Einwand, „daß das streitige, am 28. November 1881 eingetragene Waarenzeichen der Vorschrift des § 2 des Markenschutzgesetzes entgegen keine deutliche Darstellung des zu schützenden Waarenzeichens enthalte," erledigt sich durch die Erwägung, daß (vergl. Endemann Markenschutzgesetz S. 34—36) der § 2 cit., welcher überdies nur eine instruktionelle Bedeutung hat, lediglich eine solche Darstellung vorschreibt, welche einer Verwechselung des in dem eingetragenen Waarenzeichen enthaltenen Gesammtbildes mit dem Gesammtbilde anderer Waarenzeichen ausschließt, daß aber diesem Erfordernisse im vorliegenden Falle hinreichend genügt ist.

Mit Recht hat ferner der erste Richter auch die Einrede der Berufungskläger verworfen, daß die Eintragung des streitigen Waarenzeichens dem Berufungsbeklagten schon deshalb kein Recht auf Schutz verleihen könne, weil die das fragliche Zeichen bildende Zeichnung zu Gunsten ihres Urhebers J. C. Metz in Frankfurt durch die Ministerialrescripte vom 11. Februar 1874 und 17. November 1875 gemäß den §§ 21, 27 des Preußischen Gesetzes vom 11. Juni 1837 geschützt, ihre ausschließliche Vervielfältigung mithin ein wohlerworbenes Recht dritter Personen sei.

Denn wie auch immer die in dem Markenschutzgesetze vom 30. November 1874 nicht berührte Frage, ob eine gesetzlich unstatthafte Nachbildung eines Werkes der bildenden Kunst gültiger Weise als Waarenzeichen eingetragen werden kann, zu entscheiden sein mag, so könnten doch jedenfalls die Berufungskläger im vorliegenden Falle die angebliche, auf das Preußische Gesetz vom 11. Juni 1837 gegründete Unzulässigkeit einer

solchen Eintragung nur unter der Voraussetzung dem Berufungsbeklagten gegenüber geltend machen, daß das ihrer Behauptung nach zu Gunsten des J. C. Metz durch die Ministerialrescripte vom 11. Februar 1874 und 17. November 1875 geschützte Urheberrecht, d. h. das ausschließliche Recht auf Vervielfältigung seiner Zeichnung durch Vertrag auf sie übergegangen wäre (§ 9 des Gesetzes vom 11. Juni 1837, § 2 des Gesetzes vom 9. Januar 1876). Die Berufungskläger treten aber nur den Beweis dafür an, daß J. C. Metz seit 1880 für den Berufungsbeklagten beziehungsweise seine Rechtsvorgänger Philipp Greve-Stirnberg Vervielfältigungen dieser Zeichnung nicht mehr angefertigt habe, vielmehr mit ihnen dahin übereingekommen sei, daß fortan nur sie berechtigt sein sollen, die Zeichnung zu benutzen, und daß J. C. Metz sich verpflichtet habe, nur ihnen Vervielfältigungen zu liefern.

Wäre nun aber letzteres auch richtig, und wäre ferner, wie die Berufungskläger ebenfalls beweisen wollen, das streitige Waarenzeichen mit einer der zu Gunsten des Metz geschützten Zeichnungen, insbesondere mit derjenigen identisch, auf welche sich die Eintragung in das Journal für Preußische Kunstsachen unter M. Nr. 57 bezieht, so würde doch nicht erfindlich sein, aus welchem Rechtsgrunde die Berufungskläger mit Rücksicht darauf, daß Metz die fragliche Zeichnung vertraglich nur in ihrem Interesse vervielfältigen durfte, ein selbständiges Verbotsrecht gegen eine unbefugte Nachbildung derselben durch Dritte Letzteren oder denjenigen gegenüber, auf deren Bestellung diese Nachbildung erfolgte, geltend zu machen berechtigt sein sollten.

Vielmehr stellt sich der aus dem Urheberrechte des Metz hergeleitete Einwand der Berufungskläger so lange als reine exceptio ex jure tertii dar, als sie nicht ihre Rechtsnachfolge in dieses Urheberrecht zu behaupten und nachzuweisen vermögen, ein Nachweis, der, wie auch der erste Richter angenommen, jedenfalls in dem Schreiben des Metz an die Berufungskläger vom 4. Oktober 1883 nicht gefunden werden kann.

Hiernach bedürfen die Ausführungen des Berufungsbeklagten, durch welche derselbe dem Metz auf Grund der §§ 8 und 18 des Gesetzes vom 9. Januar 1876 die Fortdauer seines Urheberrechts an der fraglichen Zeichnung streitig zu machen sucht, und seine eventuellen, den Berufungsklägern

gegenüber aus § 9 des Markenschutzgesetzes hergeleiteten Argumente keiner näheren Erörterung und Widerlegung.

In Betracht der letzteren mag nur darauf hingewiesen werden, daß die Behauptung des Berufungsbeklagten, die Berufungskläger seien, selbst wenn ihnen ein landesgesetzlicher Schutz bezüglich der fraglichen Zeichnung zur Seite gestanden hätte, dieses Schutzes wegen unterlassener Anmeldung vor dem 1. Oktober 1875 (nach § 9 des Markenschutzgesetzes) gegenüber der von dem Berufungsbeklagten am 25. resp. 28. November 1881 bewirkten Anmeldung verlustig gegangen, aus dem Grunde hinfällig erscheint, weil es sich in § 9 cit. nicht um ein landesgesetzlich als Werk der bildenden Kunst, sondern um ein landesgesetzlich als Waarenzeichen geschütztes Zeichen handelt.

Endlich bedarf es untergebens auch keiner Untersuchung der Frage, ob etwa die Anmeldung einer solchen Zeichnung, welche bisher als Etikette dritter Personen gedient, dem Anmeldenden auch unter der Voraussetzung diesen Dritten gegenüber unbedingten Schutz verleihen würde, daß dieselbe in der dolosen Absicht, letzteren den ferneren Gebrauch ihrer Etikette zu entziehen, erfolgt wäre. Denn dieser Fall liegt hier jedenfalls nicht vor, vielmehr muß im Gegentheil angenommen werden, daß sich die Berufungskläger ihrerseits die von Philipp Greve-Stirnberg seit 1874 benutzten, von Metz hergestellten Etiketten resp. die von demselben unter geringer Abänderung in der Zeichnung seit 1879 gebrauchten, ebenfalls von Metz angefertigten Etiketten illoyaler Weise angeeignet und mit unwesentlicher Abänderung zur Bezeichnung ihrer Waaren verwandt haben, daß es mithin (vergl. Entscheidung des Reichsgerichts Blum Annalen Band VIII Seite 347) auf Seiten des Berufungsbeklagten ein berechtigter Akt der Selbstvertheidigung war, wenn er dazu überging, seine Etikette als Waarenzeichen anzumelden.

Was endlich die in dieser Instanz reproduzirte Behauptung der Berufungskläger anlangt, daß die von ihnen seit Ende 1883 oder Anfang 1884 (nach Beendigung des zu ihren Ungunsten erledigten Vorprozesses) benutzten Etiketten keineswegs als unbefugte Nachbildungen des am 28. November 1881 eingetragenen Waarenzeichens im Sinne des § 18 des Markenschutzgesetzes angesehen werden könnten, so ist lediglich den

zutreffenden Ausführungen des ersten Richters beizupflichten. Der Umstand, daß angeblich die Berufungskläger ihre mit den fraglichen Etiketten beklebten Flaschen beim Verkaufe mit Papierumschlägen versehen, welche ein besonderes Waarenzeichen tragen, würde, selbst wenn erwiesen, an der Thatsache nichts ändern, daß ihre Flaschenetikette eine unbefugte Nachbildung des Waarenzeichens des Berufungsbeklagten enthält. Ueberdies ist aber seitens der Berufungskläger ein Beweis für ihre bezügliche Behauptung nicht erboten.

Auch den Gründen, durch welche der erste Richter seine Annahme, daß die Berufungskläger unter Kenntniß des dem Waarenzeichen des Berufungsbeklagten durch die Eintragung vom 28. November 1881 verliehenen Schutzes ihre Waaren in Flaschen mit den mehrerwähnten Etiketten in den Verkehr gebracht, und daß sie hierdurch dem Berufungsbeklagten einen Schaden zugefügt haben, ist lediglich beizutreten. Desgleichen erscheint die Anwendung, welche derselbe von der Vorschrift des § 17 Abs. 1 des Markenschutzgesetzes gemacht hat, begründet und demgemäß das Urtheil a quo insoweit gerechtfertigt, als es in dem Tenor der gegenwärtigen Entscheidung aufrecht erhalten ist. Dagegen ist die Entscheidung hinsichtlich derjenigen Anträge des Berufungsbeklagten, welche auf der bereits in erster Instanz bestrittenen Behauptung beruhen, daß die Berufungskläger ihr Fabrikat auch in Flaschen, in welchen die Firma „Philipp Greve-Stirnberg" eingeblasen gewesen, in Verkehr gebracht hätten, von dem Ergebnisse der dieserhalb anzuordnenden Beweisaufnahme abhängig zu machen.

III. Senat. Sitzung vom 11. März 1887.
Rechtsanwälte: Heiliger — Cardauns.

Vorzugsrecht des Vermiethers an den eingebrachten Sachen außerhalb des Konkurses. — Berechnung des letzten Jahres. — § 41 Nr. 4 der Konkursordnung, § 7 des Ausführungsgesetzes zu derselben.

Als Zeitpunkt, nach welchem außerhalb des Konkursverfahrens das letzte Jahr zu berechnen ist, für welches dem Vermiether in Ansehung der eingebrachten Sachen ein Vorzugsrecht auf Grund des

§ 41 Nr. 4 der Konkursordnung und des § 7 des Ausführungsgesetzes zu derselben zusteht, ist derjenige anzusehen, an welchem sich die Zahlungsunfähigkeit des Miethers hinsichtlich der Verbindlichkeit zur Befriedigung des Vermiethers herausgestellt hat; insbesondere wird in einem solchen Falle der Regel nach der Tag einer für die rückständige Miethforderung angelegten Pfändung als maßgebend anzunehmen sein.

Dahmen — Salomon Wallach Wittwe.

In einem beim Königl. Amtsgerichte zu Bonn über den in Höhe von 562 Mark 92 Pfg. hinterlegten Erlös der Versteigerung einer Reihe gegen den Gastwirth Karl Broich-Ellingen zu Endenich seitens mehrerer Gläubiger gepfändeten Mobilien eingeleiteten Vertheilungsverfahren wurden an erster Stelle die Erben des zu Endenich verlebten Rentners Joseph Dahmen auf den nach Abzug der Anweisung der Gerichtskosten verbleibenden Rest angewiesen; für den Fall diese Forderung ausfallen sollte, wurde verfügt, daß an deren Stelle die Handlung Simon Wallach Wittwe auf jenen Betrag Anweisung erhalte.

Für die Forderung der Erben Dahmen hatte deren Erblasser Joseph Dahmen ein Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Bonn vom 5. Dezember 1883 auf Grund eines schriftlichen Miethvertrages vom 1. Juni 1881 für fällige Miethe in Höhe von 780 Mark gegen den Gemeinschuldner Broich-Ellingen erwirkt, und für die nämliche Forderung hatte derselbe am 3. September 1883 zufolge eines Arrestbefehls des Amtsgerichts zu Bonn vom 1. desselben Monats Anschlußpfändung an die bereits bestehenden Pfändungen anderer Gläubiger, unter diesen der Firma Salomon Wallach Wittwe anlegen lassen.

Am 20. November 1884 fand die Zwangsversteigerung durch den Gerichtsvollzieher Bausch zu Bonn statt, welchem am Tage vorher die Erben Dahmen durch Gerichtsvollzieher Kreisch hatten zustellen lassen, daß sie sich der Auszahlung des sich ergebenden Steigerlöses widersetzten, indem sie für ihre Forderung vorzugsweise Befriedigung verlangten.

Gegen den vorerwähnten Theilungsplan erhob die Firma Salomon Wallach Wittwe in dem zur Erklärung über den-

selben angesetzten Termine vor dem Amtsgerichte Widerspruch und, da eine Einigung nicht erfolgte, Klage gegen die Erben Dahmen mit dem Antrage, den Theilungsplan dahin zu ändern, daß der Klägerin auf Grund ihrer früheren Pfändung an Stelle der Beklagten an erster Stelle nach den Gerichtskosten Anweisung ertheilt werde.

Zur Begründung dieses Antrages wurde in erster Linie die Forderung der Beklagten als fingirt bestritten und eventuell geltend gemacht, daß der Forderung der Beklagten ein Vorzugsrecht auf Grund des § 41 Nr. 4 und des § 7 des Ausführungsgesetzes zur Konkursordnung nicht zustehe, weil es sich nicht um Miethforderungen aus dem letzten Jahre handle.

Das Landgericht erachtete diese Aufstellung für begründet und erkannte dementsprechend durch Urtheil vom 19. November 1885 dem Klageantrage gemäß, indem es davon ausging, daß das vorerwähnte Ausführungsgesetz zwar die Vorschriften des § 41 Nr. 4 der Konkursordnung auch außerhalb des Konkurses für anwendbar erklärt habe, indessen eine Bestimmung darüber, welcher Zeitpunkt in diesem Falle an die Stelle der Eröffnung des Konkursverfahrens zur Berechnung des letzten Jahres trete, nicht enthalte, daß beim Schweigen des Gesetzes ein der Eröffnung des Verfahrens analoger Zeitpunkt gefunden werden müsse und im vorliegenden Vertheilungsverfahren jedenfalls als der früheste Zeitpunkt in dieser Hinsicht die im Auftrage der Beklagten dem vollstreckenden Gerichtsvollzieher gemachte Zustellung, daß dieselben sich der Auszahlung widersetzten, angesehen werden könne; da diese Zustellung am 19. November 1884 erfolgt sei, so lägen die Miethforderungen der Beklagten auf Grund des Urtheiles vom 5. Dezember 1883 außerhalb des letzten Jahres, dieselben seien daher nicht bevorzugt, müßten vielmehr der Forderung der Klägerin mit Rücksicht auf deren frühere Pfändung nachstehen.

Auf eingelegte Berufung hob das Oberlandesgericht dieses Urtheil auf und erkannte durch bedingtes Endurtheil auf einen Eid der Beklagten über die Ernstlichkeit ihrer Miethforderung und zwar, soweit sie hier interessiren, aus folgenden

Gründen:

Da nach dem Miethvertrage vom 1. Juni 1881 die Miethe vierteljährlich im Voraus am 1. Juni, 1. September, 1. Dezember

und 1. März jeden Jahres mit 412,50 Mark erfiel, so würde der am 1. September 1883 in Höhe von 780 Mark zu Lasten des Anmiethers Broich-Ellingen verbliebene Miethrückstand, vorausgesetzt, daß derselbe wirklich noch verschuldet wurde, sich als eine aus dem letzten Jahre vor der Pfändung beziehungsweise Anschlußpfändung des Vermiethers Joseph Dahmen vom 3. September 1883 herrührende Miethforderung des Letzteren darstellen und auf Grund des § 41 Nr. 4 der Konkursordnung und des § 7 des Ausführungsgesetzes zu derselben vom 6. März 1879 dieser Miethforderung der Vorrang vor denjenigen Forderungen der Berufungsbeklagten zustehen, für welche dieselbe in Folge der Pfändungen vom 12. und 24. Februar 1883 an den dort bezeichneten Illaten des Broich-Ellingen ein Pfandrecht erlangt hatte.

Denn zunächst spricht unbedingt die Vermuthung des Art. 1256 des B. G.-B. dafür, daß ein am 1. September 1883 bestehender Miethrückstand für etwa $5^2/_8$ Monate die Miethschuld für die letzten $5^2/_8$ Monate, nicht eine solche aus früheren Miethjahren bildet, und wäre es Sache der Berufungsbeklagten gewesen, den Beweis für ihre bezügliche gegentheilige Behauptung zu führen.

Zum Anderen nimmt der erste Richter mit Unrecht an, daß für eine „entsprechende Anwendung" des § 41 Nr. 4 der Konkursordnung außerhalb des Konkursverfahrens gemäß § 7 des Ausführungsgesetzes zu derselben untergebens an die Stelle des Momentes der Konkurseröffnung der 19. November 1884, nämlich der Zeitpunkt trete, an welchem der Gerichtsvollzieher Kreisch dem Gerichtsvollzieher Bausch den Anspruch des Joseph Dahmen auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Kauferlöse angezeigt habe, und nicht minder unzutreffend erblickt die Berufungsbeklagte in dem Tage der Zwangsversteigerung, dem 20. November 1884, den der Eröffnung des Konkurses entsprechenden Zeitpunkt.

Allerdings hat der Gesetzgeber die Frage, welcher Zeitpunkt für die entsprechende Anwendung des § 41 Nr. 4 der Konkursordnung außerhalb des Konkursverfahrens als maßgebend anzunehmen sei, nicht entschieden, ihre Lösung vielmehr nach den Motiven des Ausführungsgesetzes vom 6. März 1879 der Rechtsprechung überlassen. Es ergibt sich jedoch aus den Prinzipien der Konkursordnung, daß als der der Eröffnung des Konkursverfahrens entsprechende Zeitpunkt außerhalb des Kon-

kurses in dem vorliegenden Falle derjenige Zeitpunkt angesehen werden muß, in welchem sich die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners Broich-Ellingen hinsichtlich der hier in Rede stehenden Verbindlichkeit zur Befriedigung seines Vermiethers herausgestellt hat, also der Tag der vom Dahmen für seine Miethforderung bewirkten Pfändung.

Nach § 94 der Konkursordnung setzt nämlich die Eröffnung des Konkursverfahrens die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners voraus, d. h. es muß die Thatsache offenbar geworden sein, daß der Schuldner seine Verpflichtungen in der Allgemeinheit zu erfüllen aufhört, und zwar muß dieses thatsächliche Aufhören auf die Unmöglichkeit, allen Gläubigern gerecht zu werden, auf ein dauerndes — nicht vorübergehendes — Zahlungsunvermögen schließen lassen; dagegen kommt es nicht auch auf den Nachweis an, daß der Gemeinschuldner mehrere Gläubiger habe; schon das Vorhandensein eines Gläubigers, bezüglich dessen jene Voraussetzungen vorliegen, genügt, wie namentlich auch das Reichsgericht in seinem Urtheile vom 11. Januar 1884 (Entscheidungen Band XI Seite 40) ausgeführt hat, zur Eröffnung des Konkursverfahrens.

Schon aus diesem Grunde kann daher keineswegs mit der Berufungsbeklagten das Charakteristische des Konkursverfahrens in der Konkurrenz mehrerer Gläubiger erblickt und lediglich mit Rücksicht hierauf der Moment, in welchem sich die Pfandrechte der Gläubiger an denselben Objekten durch die auf ihr gemeinsames Anstehen bewirkte Versteigerung zu realisiren beginnen, als der einer Konkurseröffnung analoge und der derselben sonach außerhalb des Konkurses entsprechende Zeitpunkt angesehen werden. Vielmehr tritt für den einzelnen Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners im Sinne des § 94 Konkursordnung, wenn auch natürlich nicht als eine allgemeine, so doch als eine konkrete in dem Momente hervor, in welchem es für den Gläubiger offenbar wird, daß der Schuldner ungeachtet der Aufforderung des Gläubigers seine Verbindlichkeit zu erfüllen nicht im Stande und demgemäß gezwungen ist, die Zwangsvollstreckung über sich ergehen zu lassen. (Vergl. in demselben Sinne: v. Wilmowsky Ausführungsgesetz zur Konkursordnung Seite 22, v. Wilmowsky Konkursordnung I. Auflage § 41 Note 7 Seite 209, endlich Förster-Eccius Preußisches Privatrecht II § 136 Note 229, welcher a. a. O. bemerkt:

„Außerhalb des Konkursverfahrens ist laufend bei entsprechender Anwendung der zur Zeit der Pfändung laufende Zins).“

(Folgen Ausführungen, betreffend die Frage des Bestehens der Miethforderung, auf Grund deren den Berufungsklägern der richterliche Eid aufgegeben wurde.)

III. Senat. Sitzung vom 19. Januar 1887.
Rechtsanwälte: Schilling — Schmitz.

Oertliche Polizeiverwaltung. — Uniformen und Waffen der Schutzleute. — Kosten.

In den Gemeinden, in denen die örtliche Polizeiverwaltung in Gemäßheit des § 2 des Gesetzes vom 11. März 1850 besonderen Staatsbeamten übertragen ist, sind die Kosten für die Uniformen und Waffen der Schutzleute, sofern deren unentgeltliche Lieferung im Verwaltungswege angeordnet worden ist, von den Gemeinden und nicht vom Staate zu bestreiten.

§ 3 des Gesetzes vom 11. März 1850.

Stadt Köln — Königl. Regierung zu Köln.

Zufolge Erlasses des Ministers des Inneren vom 28. August 1884, worin derselbe aussprach, daß es durchaus im dienstlichen Interesse liege, daß den bei den größeren Königlichen Polizei-Verwaltungen angestellten Schutzleuten die erforderlichen Uniformstücke nebst Waffen unentgeltlich geliefert würden, und diese bereits in Berlin und Frankfurt am Main durchgeführte Einrichtung als ein wirkliches Bedürfniß für die Stadt Köln bezeichnet wurde, forderte die Königl. Regierung zu Köln unter dem 5. November 1884 die Stadtgemeinde Köln auf, in Zukunft die Kosten für Uniformirung und Bewaffnung der bei der Königlichen Polizei-Direktion zu Köln angestellten Schutzleute zu bestreiten und in das städtische Budget für 1885/86 eine dementsprechende Summe von Mark 13125 einzustellen. Die Stadtverordneten-Versammlung lehnte das gestellte Verlangen ab, und es verordnete hierauf die Königl. Regierung durch Verfügung vom 26. März 1885 auf Grund des § 84 der Städte-Ordnung für die Rheinprovinz vom 15. Mai 1856 zu obigem Zwecke die zwangsweise Einstellung von 14000 Mark in das städtische Budget von 1885/86.

Die Stadt Köln leistete dieser Anordnung unter Vorbehalt ihrer Rechte Folge, zahlte demnächst den Betrag von 14000 Mark aus, erhob jedoch durch Zustellung vom 18. Dezember 1885 beim Königl. Landgerichte hierselbst Klage gegen den Königl. Preußischen Staatsfiskus mit dem Antrage, zu erkennen, daß sie nicht verpflichtet sei, die Kosten der Uniformirung und Ausrüstung der bei der Königl. Polizei-Direktion in Köln angestellten Schutzleute zu tragen, und den Beklagten zur Rückzahlung der gezahlten Mark 14000 und der bis zur rechtskräftigen Entscheidung etwa noch zu zahlenden Beträge nebst Zinsen zu verurtheilen.

Das Landgericht wies durch Urtheil vom 16. Juni 1886 diese Klage ab, und die gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung wurde vom Oberlandesgerichte verworfen aus folgenden

Gründen:

Nach § 3 des Gesetzes über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 sind „die Kosten der örtlichen Polizeiverwaltung, mit Ausnahme der Gehälter der von der Staatsregierung im Falle der Anwendung des § 2 angestellten besonderen Beamten, von den Gemeinden zu bestreiten."

Die Bestimmung ist dahin zu verstehen, daß in Städten mit Königlicher Polizeiverwaltung die Gemeinden die ganzen sachlichen Kosten des Geschäftsbetriebs, der Staat nur die persönlichen Kosten der von ihm angestellten Beamten tragen solle. Diese Auffassung des Gesetzes entspricht einer feststehenden Judikatur (vergl. die Motive der Plenar-Entscheidungen des Königlich-Preußischen Ober-Tribunals vom 8. April 1861 und 1. Mai 1871, Bd. 45 S. 16 und Bd. 65 S. 1) und steht im Einklang mit der allgemein anerkannten Begriffsbestimmung des Gehalts, als eines dem Beamten für die Gesammtheit seiner Dienste geleisteten Aequivalents, das ihm die Mittel zur standesgemäßen Bestreitung seiner *wirthschaftlichen* Bedürfnisse gewähren soll.

Die Entscheidung des vorliegenden Streites hängt darnach davon ab, ob die Uniform und Waffen der Schutzleute als persönliche oder als sachliche Kosten, mit andern Worten ob sie als Mittel zur Befriedigung des Bedürfnisses der Beamten nach Kleidung oder als Erfordernisse des Geschäftsbetriebs anzusehen sind.

Was zunächst die Waffen angeht, so kann nicht zweifelhaft sein, daß sie eine wirthschaftliche Bedeutung für den Beamten überhaupt nicht besitzen, vielmehr einen ausschließlich dienstlichen Charakter haben, und daß sie daher zu den sachlichen Bedürfnissen zählen.

In Bezug auf die Uniform läßt sich nicht verkennen, daß sie einen doppelten Charakter trägt und nicht nur in dienstlicher, sondern auch in ökonomischer Hinsicht von großer Wichtigkeit ist, indem sie das Bedürfniß der Beamten nach Kleidung in weiterem Umfange befriedigt. Allein eine richtige Würdigung läßt den dienstlich-sachlichen Gesichtspunkt gegenüber dem wirthschaftlichen als vorwiegend erscheinen.

Die Einführung der Uniform ist geschehen aus Gründen des Dienstbetriebs, um die durch den Beamten vertretene Autorität dem Publikum gegenüber sichtbar darzustellen und in ihm selbst das Bewußtsein seiner Stellung und seiner Pflichten lebendig zu erhalten; sie nimmt daher wichtige öffentliche Interessen wahr, und in demselben Maße, wie diese das private Bedürfniß der Beamten nach Kleidung an Bedeutung übertreffen, in demselben Maße muß auch bei Beurtheilung des Charakters der Uniform der sachliche Gesichtspunkt dem persönlich-wirthschaftlichen übergeordnet werden. Sodann ist zu berücksichtigen, daß die Uniform im Dienste einer weit größeren Abnutzung unterworfen ist, als die Kleidung im bürgerlichen Leben, auch gerade eine treue Wahrnehmung seiner Pflichten den Schutzmann häufig in die Lage bringen wird, die Uniform rücksichtslos preiszugeben, und daß überdies nach Lage der Verhältnisse der Polizei-Beamte für die außerdienstliche Zeit noch regelmäßig eine Civilkleidung besitzen wird; wenn derselbe die gesammten Kosten für Beides aus dem Gehalte zu bestreiten hätte, so wäre ihm damit ein Aufwand aufgelegt, der seine persönlichen wirthschaftlichen Bedürfnisse ganz bedeutend überstiege und das Gehalt seinem Zwecke entfremdete. Es wird nicht selten der Fall sein, daß dem Beamten aus dem Dienstbetriebe ein wirthschaftlicher Nutzen erwächst, der ihm auf das Gehalt nicht angerechnet werden kann, wie denn z. B. der aus der Benutzung geheizter Diensträume entstehende Vortheil den sachlichen Charakter der letzteren nicht berührt. Wenn Klägerin ausführt, die dienstliche Bedeutung der Uniform könne kein Hinderniß bilden, sie zu den wirthschaftlichen Bedürfnissen zu rechnen, da ja auch bei Gewährung der Dienstwohnung,

die allgemein als persönliches Bedürfniß betrachtet würde, ja sogar bei Bemessung des Gehaltes neben den Rücksichten auf die wirthschaftliche Stellung der Beamten auch dienstliche Interessen in Betracht kämen, so ist dies nicht richtig. Denn obwohl durch Gewährung von Dienstwohnung und auskömmlichem Gehalte die sociale Stellung des Beamten gesichert, sein Ansehen erhöht und so mittelbar die erfolgreiche Ausübung der Amtsthätigkeit erleichtert wird, so stehen doch Wohnung und Gehalt mit dem Geschäftsbetriebe selbst in keinem Zusammenhang; die unmittelbare, wirksame Beziehung zu letzterem ist es aber gerade, welche die Zurechnung der Uniform zu den sachlichen Erfordernissen des Dienstes begründet.

Die weitere Ausführung der Klägerin, daß — möge die heutige Auffassung vom Wesen der Uniform sein, welche sie wolle — nach den zur Zeit der Entstehung des Gesetzes vom 11. März 1850 über die Polizei-Verwaltung herrschenden Anschauungen dieselbe zum Gehalte gerechnet, d. h. als persönliches Bedürfniß betrachtet worden sei, daß demgemäß auch der Sinn des § 3 cit. zweifellos dahin gehe, die Kosten der Uniform dem Staate aufzuerlegen und ihre zum Beweise ihrer bezüglichen Behauptung erfolgte Bezugnahme auf den § 7 der Dienstinstruktion für die Gensdarmen vom 30. Dezember 1820 (G. S. 1821 S. 10), der bestimmt:

„Jeder zum Corps gehörige Brigadier-Commandeur, Offizier, Wachtmeister und Gensdarm muß für den ihm ausgesetzten Gehalt ohne weitere Geld- oder andere Beihülfe aus Staats- oder Communal-Mitteln für seine Wohnung und Beköstigung selbst sorgen und sich die Montirungsstücke, das Reitzeug und die zu seinem Dienste erforderlichen Pferde selbst anschaffen,"

sowie auf das Ministerial-Rescript vom 20. Oktober 1845 (M.-Bl. für innere Verwaltung S. 346), in dem es heißt:

„Wünschenswerth ist es, daß die Amts- und Gemeinde-Polizeidiener bei der Ausübung ihres Dienstes in Uniform erscheinen, was am leichtesten dadurch erreicht werden kann, wenn diesen Beamten eine Dienstleistung in partem salarii gewährt wird,"

endlich darauf, daß durchweg alle Staatsbeamten von jeher verpflichtet gewesen seien, sich ihre Uniformen aus eigenen Mitteln zu beschaffen, aus welcher Auffassung heraus denn auch die Beamten der Kölner Polizei-Verwaltung stets bisher ihre Uniform aus dem Gehalte bestritten hätten, erfordert ein Ein-

gehen auf die Frage, ob diese Bestimmungen einen Schluß dahin gestatten, daß nach den Anschauungen zur Zeit der Entstehung des Gesetzes die Uniformen als persönliches Bedürfniß betrachtet worden seien.

Was zunächst den § 7 der Gensdarmerie-Dienstinstruktion anlangt, so wird die ihm seitens der Klägerin gegebene Deutung als irrig dargethan durch Vergleichung mit dem § 8 Abs. 2 Satz 2 eod. loco:

„Beim Ausscheiden eines Gensdarmen aus dem Corps fällt jedes der hierher gehörigen großen Montirungsstücke, dessen Tragezeit noch nicht beendet ist, zur Uebereignung an den Nachfolger dem Corps anheim und muß dazu überliefert werden, wofür das Vermögen des Ausscheidenden oder sein Nachlaß haften bleibt."

Denn hiernach würde vielmehr die Anschauung berechtigt sein, daß die fraglichen Montirungsstücke, obwohl der Gensdarm sie angeschafft, Eigenthum des Corps geblieben und somit als sachliches Betriebserforderniß betrachtet worden seien.

Ferner aber ist es überhaupt nicht richtig, daß von jeher alle Beamten verpflichtet gewesen seien, sich ihre Uniformen aus dem Gehalte zu beschaffen; vielmehr haben, wenigstens was das auf der Stufe der Schutzleute stehende Unterpersonal angeht, bei mehreren Verwaltungen im Laufe der Zeit Wechsel in der Art der Beschaffung stattgefunden, indem bald freie Uniform geliefert wurde, bald die Beamten die ganzen Kosten derselben aus dem Gehalte bestritten, bald ihnen ein mehr oder minder, manchmal sehr erheblicher Zuschuß, der bei Bemessung der Pension nicht in Anschlag kam, für die Anschaffung gewährt wurde. (Vergl. Dienstinstruktion für die Ober-Post-Direktionen vom Dezember 1849, Abschnitt IV Nr. 1 § 38, Amtsbl. des Königl. Post-Departements, 1850, Nr. 12, Verf. Nr. 62 S. 105, desgl. Bl. Nr. 23 S. 219, Amtsblatt der Deutschen Reichs-Post-Verwaltung 1872 S. 874, Allgemeine Dienstanweisung für Post und Telegraphie IV Bd., X Abschnitt Abth. 2 (erschienen 1. Juli 1883 in der Reichsdruckerei) §§ 226 ff., Ministerial-Erlaß vom 31. März 1861 an sämmtliche Staats-Eisenbahn-Direktionen, sowie Auszug aus dem Min.-Erlaß vom 27. Oktober 1860, Beides in: „die Rechts- und Dienst-Verhältnisse der Beamten und Arbeiter im Ressort der Königl. Preußischen Staats-Eisenbahn-Verwaltung, zusammengestellt bei der Königl. Eisenbahn-Direktion zu Elberfeld,

herausgegeben von Witte, Ober-Regierungsrath, 1881, Bd. I S. 783 und 798, Uniform- und Kleiderkassen-Reglement für die Betriebsbeamten, herausgegeben von der Königl. Eisenbahn-Direktion (linksrh.) im Oktober 1883).

Erwägt man, daß diese wechselnden Anordnungen über die Art der Beschaffung der Uniformen offenbar nicht ihren Grund in ebenso häufiger Meinungsänderung über das Wesen der Uniformen gehabt haben können, sondern nur aus variirenden Anschauungen über die Zweckmäßigkeit der verschiedenen Anschaffungsweisen zu erklären sind, so ergibt sich unmittelbar die Bedeutungslosigkeit der von der Klägerin beigebrachten Argumente. Es liegt auf der Hand, daß in allen den Fällen, in denen ein einziges Rechtssubjekt sowohl für sachliche, wie für persönliche Kosten verpflichtet ist, keine Veranlassung besteht, eine äußere Unterscheidung zwischen sachlichen und persönlichen Auslagen in Bezug auf die Art und Weise der Leistung eintreten zu lassen, und häufig persönliche Bedürfnisse durch Naturalleistung, sachliche durch ein Aequivalent in Geld („Gehaltsverbesserung") ihre Befriedigung finden werden, so daß aus der Art und Weise der Beschaffung ein Schluß dahin, daß die einzelnen Bedürfnisse als sachliche oder persönliche betrachtet worden seien, überhaupt nicht gezogen werden kann. Anderenfalls würde, um ein Beispiel anzuführen, der Umstand, daß die Gerichtsbeamten sich ihre Sitzungsroben aus dem Gehalte anschaffen, hinreichen, um diesen Kleidungsstücken den Charakter sachlicher Erforderniſſe zu nehmen und sie zu Gegenständen wirthschaftlichen Bedürfnisses zu stempeln. In den beiden Fällen aber, auf welche sich die von der Klägerin angeführten Bestimmungen beziehen, wurden sachliche und persönliche Bedürfnisse zugleich vom Staate bestritten, wenn auch bei den Königlichen Polizei-Verwaltungen nicht alle sachlichen, so doch die meisten (vergl. die Declaration des § 10 des Gesetzes über die Einrichtung des Abgabewesens vom 30. Mai 1820 durch die Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 3. Oktober 1821 in v. Kamptz Annalen Bd. 14 S. 110), und liegt daher nach diesen Anführungen kein Grund zu der Annahme vor, es hätten die damaligen Gesetzgeber den vorwiegend sachlichen Charakter der Uniform, wie er sich nach dem Zwecke derselben darstellt, verkannt.

Ein Hinweis darauf, daß dies thatsächlich nicht der Fall, findet sich in der Bemerkung von v. Rönne (vergl. dessen Schrift: die Gemeinde-Ordnung und die Kreis-Bezirks- und Provinzial-

Ordnung für den Preußischen Staat nebst dem Gesetze über die Polizei-Verwaltung, 1850, S. 401, Anmerkung), welcher bereits damals sagte: „Hiernach liegt also den Gemeinden die Verpflichtung ob, alle übrigen Ausgaben für den Geschäftsbetrieb der Polizeibeamten (z. B. Schreibmaterialien, Dienstkleidung, Dienstpferde u. s. w.) zu tragen." Auch bedarf es nicht der Ausführung, daß, wenn die Beamten der Kölner Polizei-Verwaltung sich aus irrthümlicher Auffassung heraus ihre Uniformen bisher aus dem Gehalte beschafft haben, dies für die Rechtsfrage bedeutungslos ist.

Auch die schließliche Ausführung der Klägerin, es müßten die ihr durch das Gesetz vom 11. März 1850 auferlegten Verpflichtungen eine einschränkende Auslegung erfahren und könnten ihr, da es doch mindestens zweifelhaft sei, ob bei der Uniform der wirthschaftliche oder sachliche Charakter überwiege, deren Kosten nicht zur Last gelegt werden aus dem Grunde, weil nach § 10 des Gesetzes vom 30. Mai 1821 über die Einrichtung des Abgabewesens der Staat die ganzen persönlichen, sowie den größten Theil der sachlichen Kosten der Königlichen Polizei-Verwaltungen habe tragen müssen und rechtlich bestehende Verhältnisse nur soweit abgeändert würden, als dies ausdrücklich bestimmt worden sei, ist nicht zutreffend; vielmehr steht ihr entgegen, daß das Gesetz vom 11. März 1850 ein organisches Gesetz ist, welches das ganze Gebiet der örtlichen Polizei-Verwaltung neu regeln will, und daß daher, wenn in dem § 3 desselben das Prinzip aufgestellt ist, es sollten die Städte alle Kosten jener Verwaltung „mit Ausnahme der Gehälter der vom Staate angestellten besonderen Beamten" tragen, im Gegentheil die Verpflichtung des Staates — weil dem Wortlaute und der Sache nach die Ausnahme — strikt interpretirt werden muß. Damit steht in Einklang die Aeußerung des Regierungs-Commissars, Geh. Reg.-Raths Delius bei Gelegenheit der Berathung des Gesetzes in der damaligen ersten Kammer (102. Sitzung vom 26. Januar 1850, Stenogr. Bericht 5. Bd. S. 2323 ff.), welcher sich dahin aussprach, „daß nach dem Gesetze, im Gegensatz zu früher, alle Gemeinden, auch die Landgemeinden grundsätzlich selbst die Kosten ihrer Polizei-Verwaltungen tragen sollten, eine Königliche Polizei-Verwaltung nur in größeren Städten eingeführt werden solle und man die Bestimmung des § 3 vorgeschlagen habe, weil es eine ungerechte Zumuthung sein würde, wenn man den

Landgemeinden, welche die Kosten ihrer Polizei-Verwaltung fortan allein tragen sollten, nunmehr auch noch die Kosten der Polizei-Verwaltung gewisser großen Städte mit aufbürden wollte."

Im Gegensatz zu der Auffassung der Klägerin ist hiernach anzunehmen, daß nach der Absicht des Gesetzes möglichst nur die rein persönlichen Kosten der Beamten der Allgemeinheit zur Last fallen sollen, und daß daher, wo ein Bedürfniß, welches zugleich wesentlich sachlich und persönlich ist, durch eine und dieselbe Ausgabe befriedigt werden müßte, diese letztere von der Gemeinde zu tragen wäre. Ist nach dem Vorgesagten anzunehmen, daß die Uniform eines Schutzmannes als wesentlich sachliches Bedürfniß zu behandeln sei, so treffen alle in dieser Hinsicht angewandten Argumente in ganz besonderem Maaße auf das in gegenwärtigem Rechtsstreite zu entscheidende Verhältniß zu. Denn die Anordnung der Königl. Regierung, welche inhaltlich des Schreibens des Ministers des Inneren an den Ober-Präsidenten der Rheinprovinz vom 20. Oktober 1886 nicht eine Gehaltsverbesserung im Auge hatte, wie Klägerin behauptet, sondern lediglich bezweckte, „die bisher zum Nachtheil des Dienstes nicht selten vermißte Accuratesse in der äußeren Erscheinung der Schutzleute für die Folge so weit als möglich sicherzustellen," und welche demgemäß verhältnißmäßig kurze Tragezeiten festsetzte, hat, und zwar zweifellos innerhalb ihrer Competenz, damit ein neues sachliches Bedürfniß insofern geschaffen, als sie im Interesse des Dienstes an die Uniform, was deren verhältnißmäßige Neuheit und guten Zustand betrifft, Anforderungen stellt, die die persönlichen Kleidungsbedürfnisse der Schutzleute ihrer gesellschaftlichen Stellung nach bei Weitem übersteigen. Wenn daher bereits beim bisherigen Zustande ein Theil des Gehaltes seinem Zwecke entfremdet wurde, so würde dies, sofern die Schutzleute nach wie vor ihre Uniformen aus eigenen Mitteln beschaffen müßten, viel mehr noch in der Zukunft der Fall sein, und es bedarf keiner Ausführung, daß eine Beschaffung aus eigenen Mitteln auch dann vorliegen würde, wenn, wie die Klägerin will, eine auf das Gehalt angerechnete Naturalleistung von Seiten des Staates erfolgte.

Demnach ist die Berufung unbegründet.

I. Senat. Sitzung vom 16. Februar 1887.
Rechtsanwälte: Schilling — Gorius.

Zweite Abtheilung.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts zu Köln,

betreffend

Civilprozeß, Strafrecht und Strafprozeß.

Pfändung. — Nichtpfändbare Sachen. — Nähmaschine. — Vermiether der Wohnung. — Miethforderung.

Die im § 715 der Civilprozeßordnung aufgeführten Gegenstände können auch von dem Vermiether einer Wohnung, in welche sie eingebracht sind, weder direkt zum Zwecke der Zwangsvollstreckung, noch im Wege des Arrestes zur Vorbereitung der Zwangsvollstreckung für seine Miethforderung gepfändet werden.

Kuhn — Ehlsheimer.

Gründe des Beschlusses:

Der Rentner Ehlsheimer zu Kreuznach hat wegen einer seit dem 15. März 1885 rückständigen halbjährigen Miethforderung von 150 Mark dinglichen Arrest gegen seine Schuldner, die Eheleute Kuhn zu Kreuznach, ausgebracht. Auf Grund Arrestbefehls des Amtsgerichts vom 6. Oktober 1885 ist am 7. Oktober 1885 unter anderen Sachen eine bereits von einem anderen Gläubiger gepfändete Nähmaschine nachgepfändet und von dem Gerichtsvollzieher aus der Wohnung der Schuldner zum Pfandlokale geschafft worden.

Auf Einspruch der Frau Kuhn hat das Amtsgericht durch Beschluß vom 28. Oktober 1885 die Pfändung aufgehoben auf Grund der Feststellung, daß die Kuhn seit Jahren das Geschäft als Näherin betreibe und die gepfändete Maschine ihr zur Ausübung ihres Geschäfts unentbehrlich sei (§ 715 Nr. 4 Civilprozeßordnung).

Gegen diesen Beschluß hat der Gläubiger Ehlsheimer sofortige Beschwerde eingelegt mit folgender Begründung:

1. daß seiner Miethforderung der § 715 der Prozeßordnung nicht entgegenstehe,

2. daß die Maschine Eigenthum einer Firma Köhler & Winkelmann zu Altenburg, die Kuhn daher zu einem Einspruche nicht berechtigt sei,

3. daß die Kuhn noch eine nicht gepfändete Schuster-Nähmaschine besitze, und daß dieselbe zur Zeit nur noch Inhaberin des früher von ihrem Manne betriebenen Schuhgeschäfts, die gepfändete Nähmaschine ihr daher nicht mehr unentbehrlich sei.

Das Landgericht zu Coblenz hat den ersten Beschwerdegrund für durchgreifend angenommen und unter dem 11. November 1885 den Beschluß des Amtsgerichts zu Kreuznach aufgehoben.

Gegen diesen der Ehefrau Kuhn am 28. November zugestellten Beschluß hat dieselbe am 12. Dezember 1885 weitere Beschwerde eingelegt, welche für begründet erachtet worden ist.

Die im § 715 der Prozeßordnung aufgestellten Beschränkungen der Pfändung beruhen „auf einer billigen Nachsicht gegen den Schuldner und leiden deshalb keine Ausnahme durch Rücksichten auf die Art der beizutreibenden Forderung" (Hahn, Materialien S. 453 Bd. III).

Diesem Rechte des Schuldners steht gegenüber das Vorzugsrecht des Vermiethers aus Art. 2102 des B. G.-B. an dem Preise aller der Sachen, welche sich in den vermietheten Räumen mit der Bestimmung befinden, in denselben auf die Dauer zu verbleiben und zur Ausstattung oder Benutzung zu dienen, mithin zweifellos an sich auch an der von der Kuhn benutzten Nähmaschine. Dieses Recht des Vermiethers ist, wie der erste Richter mit Recht annimmt, durch den § 715 der Prozeßordnung nicht aufgehoben, wie dies durch die neuere Gesetzgebung für andere Gebiete geschehen ist (vergl. letztere im Archiv für civilistische Praxis Bd. 68 S. 445). Aufgehoben sind dagegen die Vorschriften, welche der Code de procédure betreffs der Geltendmachung desselben enthielt, insbesondere die Art. 819 und 592, 593.

Die Beschlagnahme des Art. 2102 des B. G.-B. (revendication), welche der erste Richter annimmt, liegt nicht vor. Der Rentner Ehlsheimer hat vielmehr Zwecks seiner Befriedigung zur Vorbereitung der Zwangsvollstreckung im Wege des Arrestes gepfändet, und für diesen Angriff der seinem dinglichen Rechte als des Vermiethers unterworfenen Gegenstände enthält zur Zeit die Reichs-Civilprozeßordnung die allein maßgebenden Bestimmungen. Diese entzieht aber die einem Handarbeiter zur persönlichen Ausübung des Berufs unentbehrlichen Gegenstände der Zwangsvollstreckung, wie dem dieser gleichstehenden Arreste (§§ 715 Nr. 4 und 808 der Prozeßordnung).

Wenn hiernach dem Rechte des Vermiethers in Ansehung der der Zwangsvollstreckung nicht unterliegenden Gegenstände sein Hauptinhalt genommen ist, so bleibt demselben, als einem dem Faustpfande gleichen Rechte, der Rechtsschutz des § 289 des Strafgesetzbuchs (Entscheid. des Reichsgerichts für Strafsachen Bd. III 60, 61, Bd. IV 198 ff.); es kommt aber auch ohne Weiteres zur Geltung, sobald der Schuldner selbst auf sein gesetzliches Recht verzichtet, oder zu Gunsten anderer Gläubiger über den Gegenstand verfügt, was betreffs der § 715 Nr. 4 bezeichneten Gegenstände im Gegensatze zu anderen im § 715 genannten, welche im öffentlichen Interesse dem Privatwillen entzogen sind, für zulässig zu erachten ist (Materialien zur Prozeßordnung Bd. IV S. 1153, 1154, Entsch. des Reichsgerichts für Strafsachen Bd. III 61; zu vergleichen Völderndorf in Gesetzgebung des Deutschen Reichs von Bezold S. 443, Seuffert, Prozeßordnung zu § 715, Scherer, Rhein. Recht S. 210, Cretschmar im Archiv für civilistische Praxis Bd. 68 S. 445).

Die weiteren von dem Extrahenten des Arrestes vorgetragenen Gründe vermögen den Beschluß des Landgerichts nicht zu stützen. Nicht die Legitimation der Ehefrau Kuhn zu ihrem Einspruche ist festzustellen, sondern die von Amtswegen zu prüfende Zulässigkeit der Vollstreckung. Daß die verehelichte Kuhn durch Nähen für Andere bis in die jüngste Zeit ihren Erwerb gesucht hat, ist überzeugend festgestellt; ob sie gleichzeitig Inhaberin eines Schuhgeschäfts ist, ist gleichgültig. Die Feststellung des Amtsgerichts, daß die gepfändete Maschine der Schuldnerin unentbehrlich ist, unterliegt keinem Bedenken.

Die Beschwerde ist nur gegen den Gläubiger Ehlsheimer resp. gegen den auf dessen Beschwerde erlassenen Beschluß gerichtet; es konnte daher auch die Aufhebung der Pfändung nur insoweit erfolgen, als sie von diesem Gläubiger ausgegangen ist.

IV. Senat. Sitzung vom 19. Dezember 1885.

Konkurs. — Konkursforderungen. — Bedingte Forderung. — Zwangsvergleich. — Wirkungen.

Der dem Cessionar gegen den Cedenten im Falle der erfolgten Garantieleistung für den Eingang der cedirten Forderung zustehende eventuelle

Regreßanspruch ist als eine suspensiv bedingte Konkursforderung im Sinne der Konkursordnung anzusehen und als solche den Wirkungen des Zwangsvergleichs des Cedenten auch dann unterworfen, wenn die Zahlungsunfähigkeit des debitor cessus erst nach dem Zwangsvergleiche eingetreten sein sollte.

Schömann — Ermann.

So entschieden vom Oberlandesgerichte unter Zurückweisung der Berufung gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Saarbrücken vom 12. Mai 1885 aus folgenden

Gründen:

Wie aus den Erklärungen der Parteien sich ergibt, hat der Beklagte im Jahre 1878 bei der Cession der ihm gegen die Eheleute Lorig zugestandenen urtheilsmäßigen und inscribirten Forderung dem Kläger ausdrücklich für die Richtigkeit und den Eingang der cedirten Forderung Garantie geleistet, und stand demnach schon vor dem Jahre 1883, in welchem über das Vermögen des Beklagten der Konkurs eröffnet wurde, dem Kläger für den Fall, daß die Schuldner Eheleute Lorig zahlungsunfähig waren oder zahlungsunfähig wurden, ein eventueller Regreßanspruch gegen den Beklagten zu. Es fragt sich daher, ob dieser eventuelle Regreßanspruch des Klägers als eine Konkursforderung im Sinne der Konkursordnung anzusehen und als solche von dem zu Stande gekommenen Zwangsvergleiche betroffen worden sei. In dieser Beziehung kann es nach den Bestimmungen der Konkursordnung und den Motiven zu derselben nicht zweifelhaft sein, daß zwar bei der blosen Möglichkeit der Entstehung einer Forderung von einer Konkursforderung nicht die Rede sein kann, daß aber suspensiv bedingte Forderungen, bei welchen die Erfüllung der Bedingung nicht durch eine Handlung oder Thätigkeit des Gemeinschuldners zu erfolgen hat, auch zu den Konkursforderungen gehören, und daß dieselben, obgleich sie nach dem § 60 nur zu einer Sicherung für den Fall des Eintritts der Bedingung während des Konkurses berechtigen, im Konkursverfahren geltend gemacht werden können und der gesetzlichen Wirkung des Zwangsvergleichs unterliegen. Es ergibt sich dieses insbesondere daraus, daß die Konkursordnung eine suspensiv bedingte Forderung aus-

drücklich als eine solche, welche im Konkurse zu berücksichtigen sei, bezeichnet (§§ 60, 88, 142), dieselbe daher als eine Konkursforderung betrachtet und die Wirkung des Zwangsvergleichs, ohne bezüglich der Forderungen unter einer aufschiebenden Bedingung eine Ausnahme zu statuiren, auf alle nicht bevorrechtigte Konkursforderungen, d. h. auf diejenigen Forderungen, bei welchen die im § 2 bezeichneten Voraussetzungen zutreffen, und zwar auch auf die nicht angemeldeten erstreckt, so daß hiernach, auch wenn die Bedingung nach dem Zwangsvergleiche eintritt, die Bestimmungen dieses Vergleichs für die suspensiv bedingte Forderung maßgebend sein müssen (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 7 S. 80—83 in fine, von Wilmowski, Konkursordnung, 3. Aufl. S. 438, Anm. 1 zum § 178, Dernburg, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts, 2. Aufl. Bd. 2 S. 300 Anm. 8).

Im vorliegenden Falle sollte der fragliche Regreßanspruch des Klägers nicht von einer Handlung des Beklagten, sondern von dem Eintritte der Zahlungsunfähigkeit der Schuldner Eheleute Lorig abhängig sein; jener Anspruch war daher durch den Eintritt dieses Ereignisses bedingt, und kann demnach, da es sich vor einem schon zur Zeit der Konkurseröffnung zwischen den Parteien bestandenen persönlichen Rechtsverhältnisse und einem dadurch begründeten suspensiv bedingten Vermögensanspruche des Klägers handelte, es auch nicht zweifelhaft sein, daß der vom Beklagten abgeschlossene Zwangsvergleich gegen den Kläger als Konkursgläubiger im Sinne der §§ 2 und 178 der Konkursordnung bei der zugegebener Maßen eingetretenen Zahlungsunfähigkeit der Eheleute Lorig wirksam ist. Nach dem Vorstehenden war daher auf eine Erörterung der gegenseitigen Ausführungen der Parteien, sowie auf die Ausführungen des ersten Richters nicht näher einzugehen, und war demnach, da in dem angefochtenen Urtheile die dem Kläger nach dem Zwangsvergleiche zustehenden 25 Prozent von seiner auf 721 Mark 51 Pfg. reduzirten und vom Beklagten zugegebenen Forderung richtig berechnet und dem Kläger auch nur Zinsen von dem so berechneten und zuerkannten Betrage von 180 Mark 38 Pfg. vom Klagetage an zugesprochen sind, die eingelegte Berufung, ohne daß es auf die erbotenen Beweise ankommen könnte, dem Antrage des Beklagten gemäß kostenfällig zurückzuweisen.

IV. Senat. Sitzung vom 27. Februar 1886.

Rechtsanwälte: Vagedes — Trimborn.

Nachlaß. — Immobilien. — Betheiligung Minderjähriger und großjähriger Benefiziarerben. — Anordnung des Verkaufs. — Vorherige Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht.

Sind Minderjährige mit Großjährigen an Immobilien betheiligt, welche zu einem von den Großjährigen unter der Rechtswohlthat des Inventars angetretenen Nachlasse gehören, so ist hinsichtlich des Verkaufes der Immobilien für die Minderjährigen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich. So lange eine solche Genehmigung nicht erfolgt ist, liegt ein wirksam erklärtes Einverständniß nicht vor, und ist daher die Anordnung des Verkaufes durch das Landgericht in Gemäßheit des Art. 33 des Gesetzes vom 18. April 1855 von der vorgängigen Beibringung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig zu machen.

Nachlaß Kirch.

Die Wittwe des zu Köln verstorbenen Mathias Kirch, welche am Nachlasse ihres Ehemannes betheiligt ist und den Nachlaß nur unter der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat, sowie der Vormund der beiden minderjährigen Kinder desselben hatten sich an das Königl. Landgericht zu Köln gewendet und beantragt, den Verkauf der zum Benefiziarnachlasse gehörigen Immobilien, wie solche in dem eingereichten Hefte der Bedingungen aufgeführt seien, unter Zugrundelegung der dabei angesetzten Taxen in öffentlicher Versteigerung anzuordnen und mit dem Verkaufe einen Notar zu beauftragen. Das Landgericht gab durch Beschluß vom 26. Oktober 1885 den Antragstellern auf, zunächst die Bestätigung des Vormundschaftsgerichts bezüglich der betheiligten Minderjährigen zu erwirken, indem es erwog, daß die durch Art. 22 des Gesetzes vom 18. April 1855 hinsichtlich der Veräußerungen von Grundstücken, an denen Minderjährige und Großjährige betheiligt sind, vorgeschriebenen Formen jetzt durch die Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 44 dahin abgeändert seien, daß die Entscheidung lediglich dem Vormundschaftsgerichte anheim gegeben sei; daß demnach dem

Landgerichte die Wahrnehmung der Interessen der Minderjährigen gegenwärtig entzogen sei und ihm, was den vorliegenden Fall betreffe, nur noch die Frage zu unterbreiten sein werde, ob der beantragte Verkauf im Interesse der Gläubiger der Benefiziarmasse liege, während die Bestätigung Namens der Minorennen dem Vormundschaftsgerichte obliege; daß ein Beschluß des Vormundschaftsgerichts noch nicht eingeholt sei, mithin auch ein wirksam erklärtes Einverständniß der Betheiligten über den Verkauf und damit die nothwendige Voraussetzung einer Entscheidung des Landgerichts nicht vorliege.

Die gegen diesen Beschluß erhobene Beschwerde wurde vom Oberlandesgerichte zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Nach den vorliegenden Akten sind an dem Nachlasse des Mathias Kirch dessen zwei minderjährige Kinder und dessen Wittwe, welcher im Ehevertrage die disponible Quote vermacht ist, und welche den Nachlaß nur unter der Wohlthat des Inventars angetreten hat, betheiligt, und hat das Landgericht in dem angefochtenen Beschlusse angenommen, daß, um den beabsichtigten Verkauf der Nachlaßimmobilien in rechtsbeständiger Weise herbeizuführen, für die Minorennen Kirch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts und für die Wittwe Kirch als Benefiziarerbin die Genehmigung des Landgerichts erforderlich sei.

Wenn dieser Annahme des Landgerichts gegenüber von der Beschwerdeführerin Wittwe Kirch behauptet wird, daß es der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht bedürfe, weil nicht der Art. 22 des Gesetzes vom 18. April 1855, sondern der Art. 31 Nr. 4 dieses Gesetzes zur Anwendung komme, indem die in diesem Artikel enthaltene Bestimmung, daß das Landgericht seine Genehmigung zu ertheilen habe, nicht zur Wahrung der Interessen der Verkäufer der zur Benefiziarnachlaßmasse gehörenden Immobilien, sondern lediglich zur Wahrung der Interessen der Nachlaßgläubiger gegeben sei und die Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 in dieser Beziehung keine Aenderung getroffen habe, so kann es dahingestellt bleiben, ob nicht vor dem Inkrafttreten der Vormundschaftsordnung und vor den darin erfolgten Abänderungen jenes Gesetzes nach dem Absatze 2 des Art. 31 desselben in einem Falle, wie der vorliegende, wegen der Betheiligung von Minderjährigen und

großjährigen Benefiziarerben das Verfahren des zweiten Titels jenes Gesetzes einzuschlagen und demnach ein Vereinbarungsakt und ein Gutachten des Familienraths erforderlich war. Jedenfalls kann gegenwärtig seit dem Inkrafttreten der Vormundschaftsordnung der angeführten Behauptung der Beschwerdeführerin nicht beigetreten werden. Derselben liegt offenbar die Ansicht zu Grunde, daß es sich im untergebenen Falle bezüglich aller Betheiligten von einer Benefiziarnachlaßmasse handle, und daß deshalb zum Verkaufe der Immobilien derselben die Genehmigung des Landgerichts genüge.

Der § 42 der Vormundschaftsordnung bestimmt indessen in den Nummern 4 und 5, daß zur Erbauseinandersetzung, sofern dieselbe nicht durch Erkenntniß festgesetzt werde, sowie zur Veräußerung von Immobilien, soweit dieselbe nicht im Zwangsverfahren gegen den Mündel erfolge, es der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfe, und muß daher schon hieraus für das Gebiet des rheinischen Rechts gefolgert werden, daß, wenn Minderjährige mit großjährigen Benefiziarerben an einem Nachlasse betheiligt sind, zur außergerichtlichen Erbauseinandersetzung und zu einem freiwilligen Verkaufe der Nachlaßimmobilien für die Minderjährigen ungeachtet deren gesetzlichen Eigenschaft als Benefiziarerben die Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht zu erfolgen hat. Sodann ist aber auch im § 44 der Vormundschaftsordnung, welcher von der Veräußerung von Immobilien, woran Minderjährige betheiligt sind, handelt, gesagt, daß, wenn die Veräußerung, deren Art unbeschadet der Rechte der Miteigenthümer durch das Vormundschaftsgericht bestimmt werde, durch notarielle Versteigerung vorzunehmen sei, im Geltungsbereiche des Gesetzes vom 18. April 1855 die Vorschriften dieses Gesetzes über die Versteigerung durch einen Notar mit der Maßgabe Anwendung zu finden hätten, daß die der Rathskammer oder dem Präsidenten des Landsgerichts zugewiesene Thätigkeit von dem Vormundschaftsgerichte auszuüben sei, und hierdurch implicite anerkannt, daß ungeachtet der gesetzlichen Benefiziar-Eigenschaft der an einem Nachlasse betheiligten Minorennen die Ertheilung der Genehmigung zur Erbauseinandersetzung und zum Verkaufe der Nachlaßimmobilien für die Minorennen nicht dem Landgerichte, sondern dem Vormundschaftsgerichte zustehen soll. Bei dem Umstande, daß die Vormundschaftsordnung in den Nummern 4 und 5

des § 42 die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Erbauseinandersetzung und zur Veräußerung der Immobilien nur dann, wenn die Erbauseinandersetzung durch Erkenntniß festgesetzt wird oder die Veräußerung im Zwangsverfahren gegen den Mündel erfolgt, nicht erfordert und im § 47 nur den Vater des Mündels für berechtigt erklärt, in der im § 17 Nr. 2 bestimmten Form den von ihm benannten Vormund von der Nothwendigkeit einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu befreien, kann es auch nicht zweifelhaft sein, daß in allen Fällen, wo Minderjährige an einem Nachlasse betheiligt sind und es sich von einer freiwilligen Erbauseinandersetzung oder einem freiwilligen Verkaufe der Nachlaßimmobilien handelt, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist. In dem angefochtenen Beschlusse ist daher mit Recht ausgeführt, daß dem Landgerichte die Wahrung der Interessen der Minorennen Kirch nicht obliege, demselben vielmehr nur die Frage zu unterbreiten sei, ob der beabsichtigte Verkauf im Interesse der Gläubiger der Benefiziarmasse liege, und daß, weil ein Beschluß des Vormundschaftsgerichts nicht eingeholt sei, ein wirksam erklärtes Einverständniß der Betheiligten über den Verkauf noch nicht vorliege. Uebrigens erscheint auch die Ausführung der Beschwerdeführerin, daß eine gerichtliche Genehmigung der Veräußerung von Immobilien einer Benefiziarnachlaßmasse nur zur Wahrung der Interessen der Gläubiger vorgeschrieben sei, nicht zutreffend, da eine solche Genehmigung, wie in dem von ihr bezogenen Art. 31 des Gesetzes vom 18. April 1855 sich angedeutet findet, auch für den Benefiziarerben zur Bewahrung der Rechtswohlthat des Inventars erforderlich ist.

IV. Senat. Sitzung vom 19. Dezember 1885.

Kostenfestsetzung. — Obsiegende Partei. — Anwalt derselben.

Die der obsiegenden Partei zu erstattenden Kosten sind mit Ausnahme des im § 115 der Civilprozeßordnung vorgesehenen Falles nur zu Gunsten der obsiegenden Partei selbst und nicht zu Gunsten des Anwaltes derselben festzusetzen.

Paulus und Gen. — Alff und Gen.

In dem Kostenfestsetzungsbeschlusse des Königl. Landgerichts zu Trier vom 29. Dezember 1885 hatte das Landgericht die von den beklagten Handlungen H. Alff und Delahay-Bourg den Klägern Ehefrau Paulus und Heinrich Joseph Bier und den Intervenienten Hild gemäß den Urtheilen des gedachten Landgerichts vom 21. Mai 1884 und des Oberlandesgerichts vom 30. Mai 1885 zu erstattenden Kosten, dem Antrage des Kostenfestsetzungsgesuchs entsprechend, zu Gunsten der Rechtsanwälte der Kläger und Intervenienten festgesetzt. Auf die von den beklagten Handlungen deshalb erhobene Beschwerde änderte das Oberlandesgericht den erwähnten Kostenfestsetzungsbeschluß dahin ab, daß die Festsetzung jener Kosten zu Gunsten der Kläger und Intervenienten und nicht zu Gunsten der Rechtsanwälte derselben zu erfolgen habe, und übertrug die Ausführung dieser Entscheidung dem Königl. Landgerichte aus folgenden

Gründen:

Nach dem in der Civilprozeßordnung aufgestellten Grundsatze sind der obsiegenden Partei die derselben entstandenen Kosten von der unterliegenden Gegenpartei zu erstatten, und sind daher auch auf Grund des in der Sache ergangenen Urtheiles, welches der unterliegenden Partei die Kosten ganz oder zum Theil zur Last gelegt hat, diese Kosten als Gegenstand eines der obsiegenden Partei zustehenden Anspruchs zu Gunsten dieser Partei und nicht zu Gunsten ihres Anwaltes festzusetzen. Eine Ausnahme hiervon ist nach dem § 115 l. cit. zum Vortheile des Anwaltes nur gestattet, wenn die obsiegende Partei zum Armenrechte zugelassen war und der für diese arme Partei bestellte Rechtsanwalt die Festsetzung der Kosten, soweit sie seine Gebühren und Auslagen darstellen, auf seinen Namen beantragt, indem in diesem Falle der erwähnte Anwalt durch den gedachten § 115 für berechtigt erklärt wird, seine Gebühren und Auslagen mit der im Absatze 2 daselbst enthaltenen Beschränkung von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner seiner Partei beizutreiben, dieser Anspruch des Anwaltes auf seine Gebühren und Auslagen sich demnach gesetzlich als eine demselben zustehende Forderung darstellt, und es einer Cession seitens der armen Partei, welcher die

Prozeßkosten im Urtheile zugesprochen sind, nicht bedarf. Die Voraussetzungen des § 115 l. cit. treffen aber im vorliegenden Falle nicht zu, und war daher auf die erhobene Beschwerde so, wie geschehen, um so mehr zu beschließen, als bei den Verhandlungen der Reichstags-Kommission ein Antrag, die Rechtsanwälte für berechtigt zu erklären, bei Verkündigung der Urtheile die Ueberweisung der ihrer Partei zuerkannten Kosten zu ihrem Vortheile zu fordern, falls sie versichern, dieselben zum größten Theile vorgelegt zu haben, abgelehnt worden ist, und auch durch die Ausnahmebestimmung des § 115 l. cit. der obenerwähnte Grundsatz der Civilprozeßordnung bestätigt wird.

IV. Senat. Sitzung vom 4. März 1886.

Vormundschaft des Vaters. — Verlegung des Wohnortes. — Vormundschaftsgericht. — Zuständigkeit.

Zu einer bei der Vormundschaft des Vaters erforderlichen Thätigkeit des Vormundschaftsgerichts ist dasjenige Vormundschaftsgericht zuständig, unter welchem der Vater seinen Wohnsitz oder in dessen Ermangelung seinen Aufenthalt hat.

Vormundschaftssache Lennartz.

Beim früheren Friedensgerichte zu Erkelenz wurde am 25. Februar 1870 eine Vormundschaft über den noch minderjährigen Sohn von Ludwig Lennartz, Wittwer von Wilhelmine Franken, eröffnet. Die Novelle zum Rheinischen Hypothekenrechte vom 20. Mai 1885 erfordert rücksichtlich der vor dem 1. Januar 1876 eingeleiteten Vormundschaften die Eintragung der nach dem früheren Rechte den Minorennen zustehenden gesetzlichen Hypothek, und sind unter dem 1. Juni 1885 die Amtsgerichte seitens des Präsidenten des Oberlandesgerichts zu Köln mit entsprechender Weisung versehen worden. Der Vater und Vormund des Minderjährigen Lennartz war aus dem Amtsgerichtsbezirke Erkelenz nach Düsseldorf verzogen, und hatte das Amtsgericht zu Erkelenz die Vormundschaftsakten an das Amtsgericht zu Düsseldorf abgegeben in der Annahme, daß nur dieses darüber zu entscheiden berufen sei, ob die Eintragung der Legalhypothek erforderlich oder etwa gegenstandlos sei.

Das Amtsgericht zu Düsseldorf bestritt seine Zuständigkeit. In Folge dessen beantragte das Amtsgericht zu Erkelenz in einer Eingabe vom 24. Mai 1886 unter Bezugnahme auf die §§ 95, 2 und 59 der Vormundschaftsordnung beim Oberlandesgerichte, daß dasselbe über die Zuständigkeitsfrage entscheide.

Das Oberlandesgericht gab dem Königl. Amtsgerichte zu Düsseldorf auf, das den Minderjährigen Lennartz betreffende Aktenheft zu übernehmen und bei sich aufzubewahren, aus folgenden

Gründen:

In Uebereinstimmung mit dem Beschlusse des ersten Civilsenats des Appellationsgerichtshofes zu Köln vom 18. Juli 1877 (Zeitschrift für das Notariat 1878 Seite 49) ist anzunehmen, daß das Vormundschaftsgericht zu Erkelenz für den minderjährigen Caspar Lennartz nicht mehr zuständig ist, weil dessen Vater-Vormund inzwischen nach Düsseldorf verzogen. Dadurch rechtfertigt sich die Abgabe der bei dem Gerichte in Erkelenz erwachsenen Vormundschaftsakten an das Vormundschaftsgericht zu Düsseldorf, welchem letzteren die Einsicht dieser Akten vorkommenden Falles nothwendig oder nützlich ist.

IV. Senat. Sitzung vom 28. Mai 1886.

Die Gründe des bezogenen Beschlusses des Apellationsgerichtshofes zu Köln vom 18. Juli 1877 lauten:

J. E., daß der § 2 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 in seinem zweiten Satze nur dahin verstanden werden kann, daß, wenn der Vater der gesetzliche Vormund ist, zu einer bei dieser Vormundschaft erforderlichen Thätigkeit eines Vormundschaftsgerichts dasjenige Vormundschaftsgericht das zuständige ist, unter welchem der Vater seinen Wohnsitz oder in dessen Ermangelung seinen Aufenthalt hat;

Daß hiernach durch eine Veränderung des Wohnsitzes des Vaters dem Vormundschaftsgerichte des neuen Wohnsitzes, an welchen der Vater seine Rechte und Pflichten als gesetzlicher Vormund mitnimmt, die Zuständigkeit zu einer innerhalb dieses Verhältnisses erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Thätigkeit erwächst, und eine solche Zuständigkeit bei dem Gerichte des

früheren Wohnsitzes nicht zurückbleibt, was der Berichterstatter im Herrenhause, Dernburg, (das Vormundschaftsrecht S. 37) dahin ausdrückt: „Im Grunde wechselt hier also das Vormundschaftsgericht von selbst mit dem Wechsel des Wohnsitzes beziehungsweise des Aufenthaltes des Vaters;"

Daß daher im vorliegenden Falle das Vormundschaftsgericht zu Köln, unter welchem der Lehrer Johann Becker gegenwärtig wohnt, das zuständige Gericht ist, um über die Genehmigung der Veräußerung des Grundstücks zu befinden;

Daß hieran durch den Umstand nichts geändert wird, daß der Lehrer Becker bereits vor Erlaß der Vormundschaftsordnung der gesetzliche Vormund seiner Kinder war und diese Vormundschaft bei dem Friedensgerichte zu Coblenz eingeleitet wurde, indem aus der Bestimmung des § 93 der Vormundschaftsordnung, nach welcher die bisherigen Vormünder in ihrem Amte verbleiben sollen, keineswegs gefolgert werden kann, daß im Uebrigen bezüglich ihrer Vormundschaft die Vorschriften der neuen Vormundschaftsordnung keine Geltung hätten, insbesondere der § 2 derselben keine Anwendung fände;

Daß daher der Friedensrichter zu Köln zu Unrecht den Satz aufgestellt hat: „So wie der bisherige Vormund bleibt, so bleibt auch das Vormundschaftsgericht;"

J. E., daß aber auch der Friedensrichter zu Coblenz im vorliegenden Falle bei der begründeten Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts zu Köln mit Unrecht erklärt hat, von der Abgabe der Vormundschaft und der bisher in Betreff derselben geführten Akten könne keine Rede sein;

Daß, wenngleich die gesetzliche Vormundschaft des Lehrers Becker in früherer Zeit zu Coblenz nach den damals geltenden Vorschriften eingeleitet und fortgeführt worden ist, doch nach der Veränderung des Wohnsitzes unter der neuen Vormundschaftsordnung gemäß § 2 derselben eine Zuständigkeit innerhalb seiner Vormundschaft bei dem Vormundschaftsgerichte in Coblenz nicht zurückgeblieben ist, und die Auffassung, als ob die Vormundschaft lediglich in dem Sinne bei dem Gerichte in Coblenz verblieben sein solle, daß die bisherigen Vormundschaftsakten von dort aus an die jedesmal competenten Vormundschaftsgerichte in vorkommenden Fällen zur Einsicht zu übersenden wären, weder vom rechtlichen, noch vom praktischen

Gesichtspunkte sich rechtfertigt, zudem sogar, von allem Obigen abgesehen, auch nach früherem Vormundschaftsrechte eine Abgabe der Vormundschaft nach Köln angezeigt wäre.

Nachlaß, vakanter. — Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875. — Pfleger. — Ernennung desselben.

Durch die Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 ist der Art. 812 des B. G.=B. dahin abgeändert, daß die Ernennung des Pflegers für eine vakante Nachlassenschaft nicht mehr von dem Landgerichte, sondern von dem Vormundschaftsgerichte auszugehen hat, und daß dem so ernannten Pfleger auch alle Rechte und Pflichten übertragen sind, welche der auf Grund des Art. 812 des B. G.=B. vom Landgerichte ernannte Curator hatte.

Vakanter Nachlaß Weiß.

Gründe des Beschlusses:

Am 7. Februar 1884 starb zu Abscheid der Bergmann Peter Weiß mit Hinterlassung von fünf Kindern erster Ehe. Diese, über welche der Maurer Wilhelm Schmal die Vormundschaft führt, sowie die Wittwe zweiter Ehe und die übrigen Verwandten des Weiß leisteten auf dessen Erbschaft Verzicht. Am 18. Juni 1884 wurde von dem Amtsgerichte zu Hennef auf Grund des § 89 der Vormundschaftsordnung der Geschäftsmann Georg Schreiner zum Pfleger des vakanten Nachlasses bestellt. Mittelst Gesuchs vom 10. Juli 1885 beantragte der Vormund der Minorennen Weiß bei dem Landgerichte zu Bonn, für die erblose Verlassenschaft einen Curator nach Maßgabe der Art. 812 ff. des B. G.=B. zu bestellen. Der Antrag wurde durch Beschluß vom 17. Juli 1885 unter Hinweis darauf, daß bereits ein Pfleger ernannt worden, und daß das Landgericht zur Ernennung eines Curators im Sinne der bezogenen Artikel nicht befugt sei, zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluß hat der Vormund, nachdem auch das Amtsgericht zu Hennef die Ernennung eines Curators abgelehnt hatte, die gegenwärtige Beschwerde ergriffen.

Daß die eingelegte Beschwerde an und für sich zulässig ist und mit der Entscheidung über sie — da es sich nicht um eine Beschwerde im Sinne des § 10 der Vormundschaftsordnung handelt — das Oberlandesgericht befaßt ist, ergibt sich aus den §§ 41 und 49 des Preußischen Ausführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze vom 24. April 1878. Sachlich geprüft, erscheint dieselbe jedoch durchaus unbegründet. Die Vormundschaftsordnung beschränkt sich nicht auf die Vormundschaft im eigentlichen Sinne, sondern hat auch über solche Angelegenheiten Bestimmungen getroffen, hinsichtlich deren sie einen besonderen Schutz und eine Vertretung für erforderlich erachtete. Zu diesen Angelegenheiten gehört auch die vakante Nachlassenschaft. Derselben soll nach § 89 ein Pfleger bestellt werden. Die Ernennung des Pflegers geschieht nach § 91 in Verbindung mit den §§ 2 bis 5 durch den Vormundschaftsrichter des letzten Domizils des Erblassers. Ist ein solcher Pfleger bestellt, so liegt ihm zwar stets das Recht und die Pflicht ob, den Nachlaß zu erhalten und die Erben auszumitteln. Diese Functionen sind aber, wie aus Alinea 2 des § 89 unzweideutig hervorgeht, nicht die einzigen. Die weiteren Befugnisse bestimmen sich nach dem in den einzelnen Landestheilen geltenden Rechte, demnach im Gebiete des Rheinischen Rechts nach den Vorschriften des Art. 813 des B. G.-B. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß durch die Vormundschaftsordnung der Art. 812 des B. G.-B. dahin abgeändert worden ist, daß die Ernennung eines Pflegers für eine vakante Nachlassenschaft nicht mehr von dem Landgerichte, sondern von dem competenten Vormundschaftsgerichte auszugehen hat, und daß, wenn der Vormundschaftsrichter einen Pfleger bestellt hat, diesem damit neben der Erhaltung des Nachlasses und der Ausmittelung der Erben auch alle diejenigen Rechte und Pflichten übertragen worden sind, welche vor dem Inkrafttreten der Vormundschaftsordnung der auf Grund des Art. 812 des B. G.-B. von dem Landgerichte ernannte Curator hatte (vergl. Zeitschrift für das Notariat 1885 S. 144 ff.).

Die eingelegte Beschwerde war demgemäß, wie geschehen, zurückzuweisen.

IV. Senat. Sitzung vom 9. Juni 1886.

Rheinstrombauverwaltung. — Vertretung des Fiskus. — Ober-Präsident.

Zur Vertretung des Fiskus in Prozessen, durch welche derselbe aus Akten der Rheinstrombauverwaltung in Anspruch genommen wird, ist nicht die betreffende Königl. Regierung, sondern der Ober-Präsident der Rheinprovinz berufen und befugt.

Herzog von Arenberg — Ober-Präsident der Rheinprovinz.

Der Prinz Karl von Arenberg hatte als Vormund des minderjährigen Herzogs Engelbert von Arenberg gegen die Königl. Regierung zu Düsseldorf Klage auf Schadensersatz erhoben wegen Beschädigungen, welche durch mehrere von der Rheinstrombauverwaltung im Rheine angelegte Buhnen dem klägerischen Gute Mickeln bei Benrath, soweit dasselbe an den Rhein angrenzt, zugefügt sein sollten. Auf die Einrede der Regierung, daß nicht sie, sondern der Ober-Präsident der Rheinprovinz in der Sache den Fiskus zu vertreten berufen sei, wurde diese Klage zurückgezogen und nunmehr dieselbe Klage gegen den bezeichneten Ober-Präsidenten erhoben.

Das Landgericht zu Düsseldorf hat diese Klage durch Urtheil vom 3. Februar 1886 abgewiesen, indem es von der Annahme ausging, daß der Fiskus auch in Sachen der vorliegenden Art durch die Regierungen, nicht aber durch den Ober-Präsidenten vertreten werde.

Die Gründe des Landgerichts gehen im Wesentlichen dahin:

Als Beklagte sind „der Staatsfiskus und die Rheinstrombauverwaltung" bezeichnet. Das Gericht hat dies dahin aufgefaßt, daß die Klage gegen den Fiskus gerichtet sein soll, insofern derselbe für Ansprüche aus der staatlichen Strombauverwaltung aufzukommen hat. Materiell kann wenigstens als Beklagter nur der Fiskus gedacht werden. Die Klage ist gegen den Ober-Präsidenten der Rheinprovinz als Vertreter des Fiskus gerichtet, und ist derselbe auch im Prozesse aufgetreten. Nach § 22 des Ressortreglements vom 20. Juli 1818 und dem Beschlusse des Staatsministeriums vom 30. November 1838 wird jedoch der Fiskus in Prozessen durch die Königliche Regierung vertreten, mithin nicht durch den Ober-Präsidenten. Zwar ist das erwähnte Reglement nach seinen Eingangsworten

zunächst bestimmt, die Thätigkeit der Justiz und der Verwaltung abzugrenzen; gleichwohl verbietet der Wortausdruck der fraglichen Bestimmung eine Auslegung dahin, daß unter „Regierung" etwa die obere Verwaltungsstelle im Allgemeinen, jede für das Gebiet ihrer Verwaltung, zu verstehen sei. Insbesondere sind im § 22 und sonst in dem Reglement auch innerhalb der Verwaltung die einzelnen Behörden unterschieden, namentlich aber neben der Regierung auch die obere Bergbehörde u. s. w. als zur Prozeßführung berufen aufgeführt, so daß ebensowohl der Ober-Präsident hätte genannt werden müssen, wenn beabsichtigt wäre, diesem die Vertretung des Fiskus in Anlaß von Ansprüchen aus seiner Verwaltung zu übertragen. Es kann auch nicht gesagt werden, daß, nachdem den Ober-Präsidenten die unmittelbare Verwaltung derjenigen Angelegenheiten, welche sich über mehrere Regierungsbezirke erstrecken, zugewiesen worden, die obige Vorschrift nunmehr sinngemäß dahin anzuwenden sei, daß in Anlaß solcher Angelegenheit auch die Vertretung des Fiskus im Prozesse dem Ober-Präsidenten zustehe. Denn das Institut der Ober-Präsidenten bestand bereits bei Erlaß der erwähnten Vorschrift und zwar ebenfalls mit der Maßgabe, daß dieser Stelle die direkte Verwaltung in Angelegenheiten der bezeichneten Art oblag. An sich folgt auch daraus, daß eine gewisse Behörde mit der Ausübung von Hoheitsrechten und der Verwaltung damit in Verbindung stehenden fiskalischen Eigenthums betraut ist, nicht, daß, wenn aus Anlaß dieser Ausübung und Verwaltung Vermögensansprüche gegen den Fiskus entstehen, nun auch eben diese Behörde zur Vertretung des Fiskus bezüglich dieser Ansprüche berufen sei. Daß der Fiskus nur Einer ist und nicht etwa nach den verschiedenen Verwaltungszweigen in verschiedene Personen, beziehungsweise Prozeßsubjekte zerfällt, ist in der Rechtsprechung anerkannt. In Angelegenheiten der inneren Landesverwaltung wird denn auch der Praxis nach der Fiskus in Prozessen durchweg von der Regierung, nicht etwa z. B. vor dem Gesetze vom 14. März 1885 in Angelegenheiten der Justizverwaltung von den Justizbehörden u. s. w. vertreten; der Unterschied ist nur der, daß nach Vorschrift der Instruktion vom 23. Oktober 1817 im § 14 die Regierung bei Prozessen aus Anlaß ihrer eigenen Verwaltung ohne Anfrage nach eigenem Ermessen vorgehen kann. Dem Ausgeführten zufolge ist der beklagte Fiskus weder richtig

geladen, noch in gesetzlicher Vertretung erschienen. Die Klage war daher angebrachtermaßen abzuweisen (Civilprozeßordnung § 54) und Kläger in die Kosten zu verurtheilen.

Auf eingelegte Berufung erkannte das Oberlandesgericht reformatorisch aus folgenden

Gründen:

Daß der Fiskus in Gemäßheit des § 22 des Ressortreglements vom 20. Juli 1818 und des Beschlusses des Staatsministeriums vom 30. November 1838 in Prozessen durch die Königlichen Regierungen vertreten werde, ist in der vom ersten Richter angenommenen Allgemeinheit nicht zutreffend, indem aus den §§ 13 und 14 der Regierungs-Instruktion vom 23. Oktober 1817 sich ergibt, daß den Regierungen nur in Sachen ihres Ressorts die Prozeßführung für den Fiskus übertragen worden ist. Dementsprechend steht grundsätzlich auch die gerichtliche Vertretung des Fiskus in den vielfach verschiedenen Angelegenheiten desselben denjenigen fiskalischen Stationen zu, welche als selbständige Verwaltungsorgane und Vertreter des Fiskus im Uebrigen in den ihnen überwiesenen Angelegenheiten anzusehen sind.

Dem Ober-Präsidenten der Rheinprovinz ist aber durch den Allerhöchsten Erlaß vom 11. September 1850 und das Reglement vom 24. Oktober desselben Jahres (Ministerialblatt für innere Verwaltung, 1851 S. 20) auf Grund des § 1 der Instruktion vom 25. Dezember 1825 die Verwaltung der Bau-, Schifffahrts- und Polizei-Angelegenheiten am Rheinstrom übertragen worden, und ergibt sich als Ausfluß dieser Uebertragung der Verwaltung auch die Vertretungsbefugniß des Ober-Präsidenten in den diese Angelegenheiten betreffenden fiskalischen Prozessen, wenngleich eine ausdrückliche Bestimmung in dieser Hinsicht nicht besteht (vergl. Urtheil des Reichsgerichts im Rhein. Archiv 73. 3. 59). Das angegriffene Urtheil unterliegt daher der Aufhebung, und war die Sache zur Verhandlung und Entscheidung au fond auf Grund des § 500 Nr. 2 der Civilprozeßordnung in die erste Instanz zurückzuweisen.

II. Senat. Sitzung vom 29. Mai 1886.

Rechtsanwälte: Schilling — Gorius.

Rechtshülfe. — Aufnahme einer Erklärung in einer Grundbuchsache. — Mangel der Zuständigkeit des ersuchten Gerichts.

Das Ersuchen um Rechtshülfe ist abzulehnen, wenn die beantragte Handlung nicht zu den Amtshandlungen des ersuchten Gerichts gehört und diesem überhaupt die Zuständigkeit zur Vornahme von Handlungen, wie die beantragte, mangelt.*)

Das Königl. Amtsgericht zu Köln war von dem Königl. Amtsgerichte zu Braunfelt um Vernehmung des in seinem Bezirke wohnenden N. über den Beitritt zum Verkaufe eines Grundstücks und die Bewilligung der Eintragung des Kaufes in das Grundbuch ersucht worden. Dasselbe lehnte durch Beschluß vom 29. März 1886 dieses Ersuchen ab, und wurde die von dem genannten Amtsgerichte zu Braunfelt dagegen erhobene Beschwerde vom Oberlandesgerichte zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Das Königl. Amtsgericht zu Braunfelt erachtet die Ablehnung seines Ersuchens für unbegründet, weil die nachgesuchte Amtshandlung, wenn auch nicht zur Zuständigkeit der Rheinischen Gerichte gehörig, doch nach dem Rechte des ersuchten Gerichts nicht verboten sei.

Der in dem § 87 des Ausführungsgesetzes zu dem Gerichtsverfassungsgesetze angezogene § 159 des letzteren Gesetzes führt allerdings nur die fehlende örtliche Zuständigkeit und gesetzliches Verbot der nachgesuchten Handlung als zulässige Ablehnungsgründe auf; in der amtlichen Begründung des Gesetzes vom 24. April 1878 ist jedoch als selbstverständliche Voraussetzung der zu gewährenden Rechtshülfe aufgestellt, daß die nachgesuchte Amtshandlung zu dem Geschäftskreise des ersuchten Gerichts gehöre. Eine besondere Bestimmung in dieser Richtung ist nach den Materialien zu dem Gerichtsverfassungsgesetze (Hahn V. 169 und 316) nur deshalb in den § 159 nicht aufgenommen worden, weil für die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit durch die Prozeßordnung ein einheitliches Recht gegeben sei und für die besonderen Gerichte der diese Bestim-

*) Vergl. Rh. Archiv Bd. 75. 2. 66.

mung enthaltende § 37 des Gesetzes vom 21. Juni 1869 in Kraft bleibe. Da für Angelegenheiten der nicht streitigen Gerichtsbarkeit dieses einheitliche Recht nicht vorhanden ist, so behält auch für diese der angezogene § 37 seine Geltung.

Da Grundbuchsachen außer dem Geschäftskreise des Rheinischen Richters liegen, hat das Amtsgericht zu Köln das Ersuchen vom 19. März d. Js. mit Recht abgelehnt und zwar umsomehr, als die Erledigung desselben sogar außer den amtlichen Befugnissen des Rheinischen Gerichts liegen würde.

IV. Senat. Sitzung vom 28. April 1886.

Kostenfestsetzung. — § 25 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte. — Entscheidung zunächst über den Grund des Anspruchs und demnächst über den Betrag nach § 276 der Civilprozeßordnung.

Wird in Gemäßheit des § 276 der Civilprozeßordnung vorab über den Grund der Klage und demnächst über die Höhe des Anspruchs verhandelt und entschieden, so bildet das ganze Verfahren nur eine Instanz; es stehen daher in solchen Fällen dem Anwalte die Prozeß-, Verhandlungs- und Beweisgebühr in Gemäßheit des § 25 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte nur einmal zu.

L'Hoest — Hubert.

So entschieden vom Oberlandesgerichte unter Aufhebung des Kostenfestsetzungsbeschlusses des Kgl. Rheinschifffahrtsgerichts zu Rheinberg vom 6. Juli 1883 aus folgenden

Gründen:

Die oben näher bezeichnete Prozeßsache L'Hoest gegen Hubert & Comp. wegen Schadensersatzes ist durch das Königliche Rheinschifffahrtsgericht in Rheinberg in der Weise entschieden worden, daß dasselbe vorab durch Urtheil vom 23. Januar 1882 über den Grund des Anspruchs erkannte, dann ferner über den Betrag des Schadensersatzanspruchs 3 Theilurtheile am 26. Juni 1882, 26. Februar 1883 und 21. Mai 1883 erließ. In dem erstgenannten Urtheile vom 23. Januar 1882 sind auch schon, entgegen den gesetzlichen Bestimmungen

die Kosten des Rechtsstreites dem Beklagten zur Last gelegt worden. Der Betrag der bis nach Erlaß dieses Urtheiles festgesetzten Kosten ist laut vorgelegter Quittung dem klägerischen Prozeßbevollmächtigten ausgezahlt worden. In dem angefochtenen Beschlusse sind dann die von dem Beklagten noch weiter an den Kläger zu erstattenden Kosten unter Absetzung zu viel berechneter Prozeßkosten zum Betrage von 13,92 Mark auf 438,48 Mark festgesetzt.

Ausweislich der Kostenrechnungen, welche den beiden Kostenfestsetzungsbeschlüssen zu Grunde gelegen haben, sind in jedem der Beschlüsse Prozeßgebühr, Verhandlungsgebühr, Beweisgebühr festgesetzt worden. Diese zweimalige Berechnung und Feststellung dieser Gebühren bildet den Gegenstand der Beschwerde, welche Streichung dieser Gebühren in dem angefochtenen Beschlusse als daselbst mit Unrecht zum zweiten Male zugebilligt verlangt.

Die Beschwerde erscheint gerechtfertigt. Der § 25 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte bestimmt, daß Prozeßgebühr, Verhandlungsgebühr und Beweisgebühr in jeder Instanz nur einmal beansprucht werden können. Die nach Erlaß des über den Grund des Klageanspruchs nach § 276 Civilprozeßordnung ergangenen Urtheiles über den Betrag des Schadensersatzanspruchs stattgehabten Verhandlungen und ergangenen Entscheidungen bilden aber keine neue Instanz, sondern sämmtliche Verhandlungen und Beweiserhebungen — auch vor Erlaß des über den Grund des Schadens ergangenen Urtheiles haben solche über die Höhe des Schadens bereits stattgefunden — das Zwischenurtheil und die Theilurtheile sind einzelne Bestandtheile eines und desselben Prozesses. Es sind somit die zum zweiten Male in dem angefochtenen Beschlusse zur Festsetzung gelangten Prozeß-, Beweis-, Verhandlungsgebühren, berechnet mit 176 Mark, zu streichen. Der in dem angefochtenen Beschlusse auf 438 Mark 48 Pfg. festgesetzte Kostenbetrag war hiernach und unter fernerer Absetzung von 1 Mark 20 Pfg. Anwaltsgebühren für das Festsetzungsgesuch, welche von den Beklagten nicht zu erstatten sind, auf 261,28 Mark herabzusetzen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind nach § 87 Civilprozeßordnung dem Kläger auferlegt.

III. Senat. Sitzung vom 7. Juni 1886.

Streitgenossen. — Nebenintervenienten. — Zustellung des Urtheiles. — Berufung. — Zustellung derselben.

In einem Rechtsstreite über die Auflösung eines Kaufvertrages sind die dem beklagten Käufer als Nebenintervenienten beigetretenen Hypothekargläubiger, welche ihre Hypothek auf das Eigenthum des Beklagten an den in Rede stehenden Immobilien stützen, Streitgenossen des Beklagten im Sinne des § 59 der Civilprozeßordnung. Die durch die Nebenintervenienten an die Kläger bewirkte Zustellung des Urtheiles ist demnach als auch für den Beklagten geschehen anzusehen, und muß die Zustellung der Berufung durch die Kläger innerhalb der gesetzlichen Frist von jener Urtheilszustellung an gerechnet nicht nur an die Nebenintervenienten, sondern auch an den Beklagten, welcher keinen Anwalt bestellt hatte, erfolgen.

Ist bei der Zustellung der Berufungsschrift für den Beklagten die Einhändigung derselben an einen der Kläger als zur Familie des Beklagten gehörenden Hausgenossen geschehen, so ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen.

Weckbecker — Weckbecker.

Die Wittwe und Kinder des zu Münstermaifeld verstorbenen Rentners Franz Carl Weckbecker ließen am 10. Januar 1870 zum Zwecke der Theilung und Auseinandersetzung die zur Gütergemeinschaft und zum Sondergute ihres Ehemannes und Vaters gehörigen Immobilien versteigern. Bei dieser Versteigerung wurden der Wittwe Weckbecker und ihren Kindern Franz Georg und Carl Eduard Weckbecker mehrere zum Sondergute des Vaters gehörende Realitäten für den Preis von 16 308 Mark zugeschlagen. Die sämmtlichen Kinder, darunter auch die Ansteigerer Franz Georg und Carl Eduard Weckbecker haben nun im gegenwärtigen Prozesse unter der Behauptung, daß die Wittwe Weckbecker das auf sie fallende und bereits fällig gewordene eine Drittel des Steigpreises ungeachtet der an sie ergangenen Sommation vom 6. März 1885 nicht bezahlt habe, gegen dieselbe Klage erhoben mit dem Antrage, den der Beklagten in dem Versteigerungsprotokolle vom 10. Januar

1870 für ein Drittel der angesteigerten Realitäten ertheilten Zuschlag für aufgehoben zu erklären und die Beklagte zur Wiederabtretung des von ihr erworbenen Antheiles an diesen Immobilien und Räumung, sowie zum Ersatze eines näher zu liquidirenden Schadens zu verurtheilen.

Die Beklagte war in erster Instanz nicht vertreten. Zur Unterstützung der Beklagten traten indessen der Fuhrunternehmer Ledosquet, der Privatsekretär Zündorf und die Wittwe und Erben des Schlossermeisters Derfeld dem gegenwärtigen Prozesse bei, indem sie ihr Interesse an dem Ausgange des Rechtsstreites dadurch rechtfertigten, daß ihnen, wie dieses auch klägerischer Seits nicht bestritten worden, an den von der Beklagten und ihren Kindern Franz Georg und Carl Eduard Weckbecker angesteigerten Immobilien eine gerichtliche Hypothek auf Grund von Urtheilen zustehe, welche nach der Versteigerung vom 10. Januar 1870 gegen die genannten Ansteigerer ergangen und inscribirt worden seien.

Durch Urtheil des Königl. Landgerichts zu Coblenz vom 3. Juni 1885 wurde dem Antrage der Nebenintervenienten gemäß die erhobene Klage kostenfällig abgewiesen.

Gegen dieses Urtheil, welches am 22. Juni 1885 dem klägerischen Anwalte erster Instanz von sämmtlichen Nebenintervenienten und am 23. Juni 1885 von dem Nebenintervenienten Ledosquet der Beklagten persönlich zugestellt worden ist, haben die Kläger unter Wiederholung ihres in erster Instanz gestellten Antrages die Berufung ergriffen und dieselbe am 20. Juli 1885 den Nebenintervenienten zustellen lassen. Anlangend die Zustellung der Berufung an die Beklagte, so ist dieselbe nebst dem Urtheile erster Instanz nach der vorgelegten Beurkundung des Postboten vom 20. Juli 1885 an diesem Tage, da die Beklagte in ihrer Wohnung nicht angetroffen wurde, deren Sohne Emil Weckbecker, welcher Mitkläger ist, behändigt worden.

Nachdem die vorstehend erwähnten Zustellungsurkunden in der am 22. Mai 1886 wieder eröffneten Verhandlung zum Gegenstande der Erörterung gemacht worden waren, erklärten die Nebenintervenienten, daß sie daraus, daß die Berufung nicht der Beklagten persönlich, sondern ihrem Sohne Emil Weckbecker zugestellt worden sei, keine Einrede herleiten wollten, und wiederholten den bei der ersten Verhandlung in der Sache selbst

gestellten Antrag, die Berufung als unbegründet zurückzuweisen. Die Beklagte war auch in der Berufungsinstanz durch einen Anwalt nicht vertreten.

Das Oberlandesgericht verwarf die eingelegte Berufung als unzulässig aus folgenden

Gründen:

Mit der gegenwärtigen Klage wird auf Grund des Art. 1184 des B. G.-B. die Auflösung eines Vertrages begehrt, inhalts dessen die Beklagte ein Drittel der von ihr gemeinschaftlich mit ihren Kindern Franz Georg und Carl Eduard Weckbecker angesteigerten Immobilien käuflich erworben hat. Daß von der Entscheidung dieses Rechtsstreits wesentlich auch das Schicksal der den Intervenienten an den angesteigerten Immobilien bis jetzt noch zustehenden Hypotheken abhängt, kann einem Bedenken nicht unterliegen. Ebenso zweifellos ist es, daß, nachdem die Intervenienten in den gegenwärtigen Prozeß zum Zwecke der Unterstützung der Beklagten eingetreten sind und sonach mit dieser eine Partei bilden, Beiden gegenüber die Frage, ob von den Klägern mit Recht die Auflösung des Vertrages begehrt wird, nur einheitlich entschieden werden kann, da zu dieser Frage die Beklagte und die Intervenienten, welche ihre Hypothek auf das Eigenthum der Beklagten an den in Rede stehenden Immobilien stützen, eine und dieselbe Rechtsstellung einnehmen Es besteht daher zwischen ihnen eine Streitgenossenschaft im Sinne des § 59 der Civilprozeßordnung.

Daß der § 66 der Civilprozeßordnung nur auf den § 58 verweist, schließt nicht aus, daß in dem Falle, wo die Voraussetzungen des § 59 eintreten, diese auch auf die Nebenintervenienten Anwendung finden, indem der Zweck des § 66, wie mit Recht Sarwey in seinem Commentar S. 135 hervorhebt, nur der war, auszusprechen, daß der Nebenintervenient Streitgenosse werde, und die Verweisung auf den § 58 zugleich auch eine Verweisung auf die darin bezogenen Ausnahmen, zu welchen auch die Bestimmung des § 59 gehört, enthält (vergl. Petersen Commentar zur Civilprozeßordnung 2. Aufl. S. 131 und die dort citirten Schriftsteller). Ist aber die Streitgenossenschaft nach Maßgabe des § 59 zu beurtheilen, so folgt daraus von selbst, daß, als die Nebenintervenienten das Urtheil

erster Instanz am 22. Juni 1885 den Klägern bezw. deren Anwalte in erster Instanz vorschriftsmäßig zustellen ließen, dieses auch für die Beklagte geschehen war, daß ferner von diesem Tage an die einmonatliche Berufungsfrist auch gegen die Beklagte lief, und daß die Kläger, um die gesetzliche Frist zu wahren, die Berufung bis zum 22. Juli 1885 nicht allein den Nebenintervenienten, sondern auch der Beklagten zustellen lassen mußten (vergl. Wilmowski und Levy Commentar, 4. Aufl. S. 633 und 635, Endemann der deutsche Civilprozeß Bd. 1 S. 332, Seuffert's Archiv Bd. 39 S. 199 und Jurist. Wochenschrift 1883 S. 5 Nr. 3).

Die am 20. Juli 1885 in Beziehung auf die Beklagte erwirkte Zustellung kann indessen als eine dem § 166 der Civilprozeßordnung entsprechende nicht erachtet werden, da der Empfänger Emil Weckbecker Mitkläger in dem gegenwärtigen Prozesse ist und daher als Gegner der Beklagten nicht befugt war, für diese eine Zustellung in dem nämlichen Prozesse zu empfangen (vergl. Wilmowski und Levy l. c. S. 241 und 229, Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 7. S. 404).

Nach § 497 der Civilprozeßordnung hat das Gericht von Amtswegen zu prüfen, ob die Berufung in der gesetzlichen Frist und Form eingelegt worden ist, und sonach, wie in dem Commentar von Wilmowski und Levy S. 401 unter Hinweis auf die dort citirten Entscheidungen des Reichsgerichts ausgeführt wird, auch festzustellen, ob der Akt, durch welchen die Einlegung erfolgt und die Frist gewahrt sein soll, formell dazu geeignet ist. Auf diese Vorschrift können die Parteien gemäß § 267 Abs. 2 nicht verzichten, und ist im gegenwärtigen Falle eine Erklärung der Nebenintervenienten, daß sie aus einer etwaigen mangelhaften Zustellung der Berufung an die Beklagte keine Einrede herleiten wollten, um so weniger von rechtlicher Bedeutung, als die Beklagte selbst, welche auch in dieser Instanz sich nicht durch einen Anwalt hat vertreten lassen, eine dahin gehende Erklärung nicht abgegeben hat.

Es war daher die von den Klägern eingelegte Berufung, ohne in eine Prüfung des Sachverhältnisses selbst einzutreten, unter Anwendung des citirten § 497 als unzulässig zu verwerfen.

IV. Senat. Sitzung vom 29. Mai 1886.

Rechtsanwälte: Schilling — Rieth und Schmitz.

Ehescheidungsklage und Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. — Sühneversuch. — Dispensation von demselben. — Zuständigkeit zur Entscheidung über die erforderlichen Voraussetzungen.

Ueber das Vorhandensein der Voraussetzungen, unter welchen bei Ehescheidungsklagen oder Klagen auf Herstellung des ehelichen Lebens ein Sühneversuch nicht erforderlich ist, hat nicht der Landgerichtspräsident, sondern der Vorsitzende der betreffenden Kammer des Landgerichts zu entscheiden.

Hauck — Hauck.

Der Bergmann Ferdinand Hauck zu Mariadorf bei Höngen, welcher gegen seine Ehefrau, angeblich ohne bekannten Aufenthaltsort, Klage auf Ehescheidung zu erheben beabsichtigte, reichte an den Vorsitzenden der Ferienkammer des Königl. Landgerichts zu Aachen unter dem 17. August 1886 ein Gesuch um Dispensation vom Sühneversuche ein. Der Vorsitzende der Ferienkammer lehnte die Entscheidung über dieses Gesuch ab, weil dem Landgerichtspräsidenten die Entscheidung darüber zustehe. Auf die hiergegen erhobene Beschwerde hob das Oberlandesgericht die ablehnende Entscheidung des Vorsitzenden der Ferienkammer auf und gab demselben auf, über das Gesuch des Beschwerdeführers vom 17. August 1886 in Gemäßheit des § 573 Abs. 2 der Civilprozeßordnung zu entscheiden, aus folgenden

Gründen:

Die Beschwerde muß im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte des § 573 Abs. 2 Civilprozeßordnung als begründet erachtet werden. Während in § 1096 des Entwurfs einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund die Dispensation vom Sühneversuche beim Vorhandensein der in § 573 Abs. 1 Civilprozeßordnung bezeichneten Voraussetzungen dem Prozeßgerichte in berathender Sitzung anheimgegeben war, substituirte der erste Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung in § 524 Abs. 2 dem Prozeßgerichte den Vorsitzenden der zur Entscheidung über die Ehescheidungsklage berufenen Abtheilung des Gerichts (vergl. S. 408 der Motive). Bei

der Berathung der zur Feststellung des zweiten Entwurfs berufenen Commission wurde den Worten: „der Vorsitzende" der Zusatz: „des Landgerichts" aus dem Grunde beigefügt, um zu bezeichnen, daß nicht das in den §§ 571, 572 Civilprozeßordnung zur Wahrnehmung des Sühnetermines berufene Amtsgericht, sondern der in § 570 Civilprozeßordnung bezeichnete Vorsitzende des Prozeßgerichts gemäß Absatz 2 des § 573 entscheiden solle, und diese Fassung ist dann auch darauf hin bei der endgültigen Redaktion des Gesetzes beibehalten.

Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß unter dem „Vorsitzenden des Landgerichts" in § 573 Abs. 2 cit. nicht der Landgerichtspräsident, sondern der Vorsitzende der betreffenden Kammer des Landgerichts zu verstehen ist, wie übrigens sich auch schon daraus ergibt, daß naturgemäß nur der nach § 570 eod. zu der Terminfestsetzung berufene Vorsitzende über die hierfür erforderlichen Voraussetzungen entscheiden kann, und wie nunmehr auch alle Commentatoren (vergl. auch Struckmann und Koch, 4. Aufl. S. 629) übereinstimmend anerkennen.

Feriensenat. Sitzung vom 8. September 1886.

Strafsache. — Strafbare Handlung einer zum Beurlaubtenstande gehörigen Person des Soldatenstandes. — Zuständigkeit. — Militärgerichte. — Civilgerichte (Strafgerichte).

Hat eine zum Beurlaubtenstande gehörige Person des Soldatenstandes der Controlversammlung, zu welcher er beordert war, beigewohnt und später, wenn auch am nämlichen Tage, eine strafbare Handlung begangen, so sind nicht die Militärgerichte, sondern die Civilgerichte (ordentlichen Strafgerichte) zur Aburtheilung zuständig.

Die Vorschrift des § 7 Nr. 3 der Preußischen Militärstrafgerichtsordnung vom 3. April 1845 ist durch den § 38 B. 1 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874 nicht aufgehoben.

Strafsache gegen Wilaschek.

So entschieden vom Feriensenate des Oberlandesgerichts unter Verwerfung der von der Königl. Staatsanwaltschaft gegen das Urtheil der Strafkammer des Königlichen Landge-

richts zu Köln vom 14. Juli 1886 eingelegten Revision aus folgenden

Gründen:

Der Berufungsrichter hat thatsächlich festgestellt, daß der Angeklagte Wilascheck am Morgen des 3. November 1885 als Reservist der Controlversammlung, zu welcher er beordert gewesen, beigewohnt und am Nachmittage dieses Tages auf seinem Heimwege den Unteroffizier Vorwerk, den Gefreiten Gehlen und den Füsilier Martz durch Worte beleidigt hat. Der Berufungsrichter nimmt weiter an, daß der Angeklagte hierdurch zwei selbständige nach § 185 des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich strafbare Handlungen begangen habe, und daß derselbe der bürgerlichen Gerichtsbarkeit unterliege, da er zur Zeit der Verübung jener Handlungen als zum aktiven Heere gehörig nicht angesehen werden könne.

Die seitens der Staatsanwaltschaft frist- und formgerecht eingelegte Revision rügt, daß der Berufungsrichter mit Unrecht seine Zuständigkeit angenommen habe, und macht geltend, daß der Angeklagte während der ganzen Dauer des 3. November 1885 unter den Militärgesetzen gestanden habe, daß mithin auch lediglich die Militärgerichte zur Aburtheilung desselben zuständig gewesen seien.

Könnte nun auch der Vorschrift des § 380 Strafprozeßordnung ungeachtet die lediglich auf die Unzuständigkeit des Gerichts (§ 377 Nr. 4 Strafprozeßordnung) gestützte Revision im vorliegenden Falle aus dem Grunde für zulässig erachtet werden, weil die Vorschriften, welche die Grenzen zwischen der Civilgerichtsbarkeit und der Militärgerichtsbarkeit regeln, sich nicht als lediglich prozeßrechtliche Bestimmungen charakterisiren, vielmehr zugleich einen staatsrechtlichen Inhalt haben (vergl. Löwe, Commentar, 4. Aufl. § 380 Note 1.a.), so ist dieselbe doch jedenfalls als materiell unbegründet zu verwerfen.

Die Revision gründet sich auf die Annahme, daß der § 38 B. 1. des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874, wonach „zum aktiven Heere gehören . . . B. 1. die aus dem Beurlaubtenstande (V. Abschnitt) zum Dienst einberufenen Offiziere, Aerzte, Militärbeamte und Mannschaften von dem Tage, zu welchem sie einberufen sind, bis zum Ablauf des Tages der Wiederentlassung," die Vorschrift des § 7 Nr. 3 der

Preußischen Militärstrafgerichtsordnung vom 3. April 1845, also lautend: „Erfolgt die Einberufung (der zum Beurlaubtenstande gehörigen Personen des Soldatenstandes) zu den kleineren Uebungen oder zu anderen dienstlichen Zwecken (als im Falle des § 7 Nr. 1 und 2), so findet der Militärgerichtsstand nur für die Dauer der Anwesenheit des Beurlaubten im dienstlichen Verhältnisse statt", aufgehoben habe, da nunmehr jede Einberufung eines Beurlaubten zum Dienste und zwar auch zu den im § 7 Nr. 3 cit. bezeichneten dienstlichen Zwecken die Zugehörigkeit desselben zur aktiven Armee bis zum Ablaufe des Tages der Wiederentlassung begründe und ihn so lange auch dem Militärgerichtsstande unterstelle. Diese Annahme erscheint jedoch rechtsirrthümlich. Denn zunächst ergibt sich aus dem Zwecke des Abschnitts III des Reichsmilitärgesetzes, wie die Ueberschrift „Vom aktiven Heere" erkennen läßt, und aus dem Wortlaute des § 38 B. 1. cit., daß diese Bestimmung, indem sie die aus dem Beurlaubtenstande (Abschnitt V) zum Dienste Einberufenen als zum aktiven Heere gehörig bezeichnet, nur den aktiven Heeresdienst, d. h. den Dienst „bei der Fahne" oder, wie § 3 Nr. 1 des Bundesgesetzes vom 9. November 1867 und § 15 des Reichsgesetzes vom 1. Juni 1870 sich ausdrückt, den Dienst „beim stehenden Heere" im Auge hat, und es fehlt an jeder Andeutung dafür, daß mit der Einberufung zu einzelnen dienstlichen Zwecken (z. B. Controlversammlungen, Verbüßung einer militärischen Strafe u. s. w.), welche bis dahin (vergl. § 7 Nr. 3 der Militärstrafgerichtsordnung vom 3. April 1845, § 26 der Disciplinarstrafordnung vom 31. Oktober 1872) wesentlich mit Rücksicht darauf, daß für Dienste dieser Art Verpflegungscompetenzen nicht gewährt werden, lediglich ein auf die Dauer der Präsenz beschränktes, nicht aktives dienstliches Verhältniß des Einberufenen begründeten, für die Zukunft alle diejenigen wesentlichen Aenderungen in den militärischen und bürgerlichen Rechtsverhältnissen des Beurlaubten hätten verbunden sein sollen, welche nach der bisherigen Gesetzgebung nur durch die Einberufung der Beurlaubten zum Kriege, zu Augmentationszwecken und zu größeren Uebungen herbeigeführt werden konnten.

Wofern wirklich solche wesentliche Aenderungen in den Verhältnissen der Beurlaubten von dem Gesetzgeber beabsichtigt worden wären, so hätte dies unter allen Umständen in dem

Abschnitte V des Reichsmilitärgesetzes, welcher von den Verpflichtungen und Rechtsverhältnissen der Beurlaubten im Allgemeinen handelt, ausdrücklich ausgesprochen werden müssen.

Zum Anderen aber hat das Reichsmilitärgesetz seinem Inhalte und Zwecke nach irgend welche Aenderungen der auf die Militärgerichtsbarkeit bezüglichen Vorschriften der einzelnen Deutschen Staaten überhaupt in keiner Weise herbeizuführen beabsichtigt. Vielmehr bezweckt das für das gesammte Deutsche Reich erlassene Reichsmilitärgesetz lediglich eine einheitliche Grundlage für die Organisation, für die Ergänzung und für die Eintheilung, beziehungsweise für die Bestandtheile des Deutschen Reichsheeres zu schaffen und die Verpflichtungen der Wehrpflichtigen, die Rechtsverhältnisse und Verpflichtungen des Beurlaubtenstandes, sowie der Ersatzreserve einheitlich zu regeln und festzustellen.

Mit Rücksicht hierauf hat aber dem Gesetzgeber die Absicht, irgendwie in die durch die Gesetze der verschiedenen Deutschen Staaten in verschiedenster Weise normirten Vorschriften über die Gerichtsbarkeit der einzelnen Kathegorien der Wehrpflichtigen abändernd einzugreifen, durchaus fern gelegen.

Während § 39 Abs. 2 und die folgenden Paragraphen dieses Gesetzes allgemeine Grundsätze über die civilrechtlichen Verhältnisse der Militärpersonen aufstellen, bestätigt dasselbe in Absatz 1 des § 39 cit. lediglich den auch bisheran in allen Deutschen Staaten gültigen Satz, daß sich die besondere Gerichtsbarkeit der Militärpersonen auf Strafsachen beschränkt, und stellt zugleich eine reichsgesetzliche (einheitliche) Regelung dieser Gerichtsbarkeit in nahe Aussicht. Wäre es nun aber die Absicht des Reichsmilitärgesetzes gewesen, auch schon vor dem Erlasse dieses verheißenen Reichsgesetzes in die verschiedenartig geordnete Gerichtsbarkeit der Einzelstaaten ändernd einzugreifen, so hätte es dies sicherlich ausdrücklich ausgesprochen und aussprechen müssen. Daß aber dem Gesetzgeber der Wille, derartige Eingriffe in die Militärgerichtsbarkeit der Einzelstaaten zu thun, fern gelegen hat, muß um so zweifelloser erscheinen, als er da, wo das Gesetz vom 2. Mai 1874 Aenderungen, beziehungsweise Erweiterungen der Bestimmungen des Deutschen Militärstrafgesetzbuchs vom 20. Juni 1872 enthält, z. B. in § 60 Nr. 3 des Gesetzes vom 2. Mai 1874, dies ganz ausdrücklich ausgesprochen hat.

Daß der Gesetzgeber die in § 39 Abs. 1 cit. verheißene einheitliche Regelung der besonderen Gerichtsbarkeit der Militärpersonen in Strafsachen und zwar gerade wegen der durch das Reichsmilitärgesetz unberührt gebliebenen verschiedenartigen Normirung derselben für dringend erforderlich erachtet hat, beweist die notorische Thatsache, daß die Ausarbeitung des Entwurfs einer deutschen Militärstrafgerichtsordnung von der competenten Behörde alsbald in die Hand genommen, die Fertigstellung einer solchen jedoch lediglich durch die sich geltend machenden prinzipiell verschiedenen Anschauungen einiger süddeutschen Staaten (insbesondere hinsichtlich der Einführung des öffentlichen Verfahrens, der Schwurgerichte u. s. w.) verzögert resp. verhindert worden ist.

Endlich aber spricht dafür, daß die Preußische Militärstrafgerichtsordnung vom 3. April 1845, insbesondere § 7 Nr. 3 (sowie auch § 8) eod. durch die Vorschrift des § 38. B. 1. des Reichsmilitärgesetzes unberührt geblieben ist, auch der Umstand, daß der ganze von der Disciplinarbestrafung der zum Soldatenstande gehörigen Militärpersonen des Beurlaubtenstandes handelnde Abschnitt III der Disciplinarstraordnung für das Deutsche Reichsheer vom 31. Oktober 1872 §§ 23—31, darunter also auch § 26, welcher gerade die in § 7 Nr. 3 der Preußischen Militärstrafgerichtsordnung vom 3. April 1845 erwähnten Kathegorien der zu dienstlichen Zwecken einberufenen Beurlaubten als nicht zum aktiven Heere gehörig behandelt, vielmehr als im nicht aktiven Dienste befindlich einer milderen Disciplinarbehandlung unterwirft, in den Motiven zu § 6 des Gesetzes, betreffend die Ausübung der militärischen Controle über die Personen des Beurlaubtenstandes u. s. w. vom 15. Februar 1875 ausdrücklich als maßgebend bezogen und der betreffenden Gesetzesvorlage als Anlage angefügt war, wie denn auch die Deutsche Wehrordnung vom 28. September 1875 in Theil II § 14 Nr. 2 die Disciplinarordnung vom 31. Oktober 1872, ohne den § 26 cit. auszunehmen, als geltendes Recht aufführt.

Die Revision war daher und zwar nach § 505 Strafprozeßordnung unter Belastung der Staatskasse mit den Kosten zu verwerfen.

Feriensenat. Sitzung vom 1. September 1886.

Strafsache. — Aussetzung der Hauptverhandlung wegen nicht vorschriftsmäßiger Vorladung des Angeklagten. — Beschwerde.

Die nach der Eröffnung der Hauptverhandlung vom Gerichte getroffene Entscheidung, daß die Verhandlung wegen nicht vorschriftsmäßiger Vorladung des Angeklagten auszusetzen sei, ist eine Entscheidung im Sinne des § 347 der Strafprozeßordnung, welche der Anfechtung durch Beschwerde entzogen ist.

Strafsache gegen Löhr.

Der Maurer Joseph Löhr aus Andernach, gegenwärtig ohne bekannten Wohn- und Aufenthaltsort, war wegen Hausfriedensbruchs und Sachbeschädigung vom Königl. Schöffengerichte zu Andernach durch Urtheil vom 2. September 1885 verurtheilt worden und hatte gegen dieses Urtheil Berufung eingelegt. Durch Beschluß der Strafkammer des Königl. Landgerichts zu Coblenz vom 13. Mai 1886 wurde der Antrag der Staatsanwaltschaft auf Verwerfung der Berufung unter Aussetzung der Hauptverhandlung abgelehnt, weil die Vorladung des Angeklagten nicht vorschriftsmäßig erfolgt sei. Gegen diesen Beschluß erhob die Staatsanwaltschaft Beschwerde, welche aber vom Strafsenate des Oberlandesgerichts als unzulässig verworfen wurde aus folgenden

Gründen:

J. E., daß die angegriffene Entscheidung von der Strafkammer des Königl. Landgerichts zu Coblenz als dem in der Berufungsinstanz mit der Sache befaßten Gerichte und zwar nach Eröffnung der Hauptverhandlung getroffen worden ist und dahin geht, daß die nach Maßgabe der Vorschrift des § 40 Abs. 2 der Strafprozeßordnung bewirkte Vorladung des Angeklagten zur Hauptverhandlung als der gesetzlichen Vorschrift entsprechend nicht zu erachten sei, indem die Vorladung in der in § 40 Abs. 1 cit. vorgeschriebenen Art und Weise hätte erfolgen müssen;

Daß es sich demnach um eine der Urtheilsfällung vorausgehende Entscheidung eines erkennenden Gerichts handelt, welche die Beseitigung eines nach Ansicht dieses Gerichts der Aburtheilung entgegenstehenden Hindernisses bezweckte;

Daß solche Entscheidungen nach § 347 der Strafprozeßordnung aber der Beschwerde nicht unterliegen, soweit nicht einer der ausdrücklich aufgeführten, hier nicht zutreffenden Ausnahmefälle vorliegt;

Daß eine in der Theorie (vergl. insbesondere Löwe, Kommentar Nr. 4 zu § 347 der Strafprozeßordnung) vertretene andere Auslegung des angeführten Gesetzesparagraphen, wonach hierdurch nur diejenigen der Urtheilsfällung vorhergehenden Entscheidungen der erkennenden Gerichte der Anfechtung durch Beschwerde entzogen sein sollen, welche lediglich zur Vorbereitung der Urtheilsfällung dienen, ohne nach einer anderen Richtung hin eine prozessualische Wirkung zu äußern, mit dem klaren Wortlaute des Gesetzes unvereinbar ist und auch in den Motiven zur fraglichen Bestimmung keine hinreichende Stütze findet;

Daß die Zulässigkeit der eingelegten Beschwerde daher verneint werden muß.

Strafsenat. Sitzung vom 25. Juni 1886.

Strafsache. — Widerstandsleistung gegen einen Beamten. — Voraussetzung des § 113 des Strafgesetzbuchs. — Postillon.

Der § 113 des Strafgesetzbuchs setzt zu seiner Anwendung voraus, daß dem Beamten, gegen welchen der Angriff oder die Widerstandsleistung sich richtet, die Handhabung der Zwangsexekutivgewalt des Staates, sei es durch sein Amt, oder sei es durch eine im speziellen Falle von zuständiger Seite getroffene Anordnung, übertragen ist.

Strafsache gegen Hoffmann.

Die Ferienkammer des Königl. Landgerichts zu Coblenz hatte in einem Beschlusse vom 21. August 1886 angenommen, daß der § 113 des Strafgesetzbuchs sich auf Exekutivbeamte beschränke und demnach im untergebenen Falle, wo der Angeklagte der Widerstandsleistung gegen einen Postillon beschuldigt war, nicht anwendbar sei. Gegen den erwähnten Beschluß erhob die Staatsanwaltschaft Beschwerde, weil der § 113 cit. sich auf jeden Beamten, welcher Verordnungen der Verwaltungsbehörde zu vollstrecken berufen sei, also auch auf den Postillon,

welcher nach Anordnung der Postbehörde Packete an die Adressaten besorge, beziehe. Der Feriensenat des Oberlandesgerichts verwarf jedoch die Beschwerde aus folgenden

Gründen:

J. E., daß, wie der erste Richter mit Recht angenommen hat, die Voraussetzung des § 113 Strafgesetzbuchs, daß der Beamte, gegen welchen der Angriff oder die Widerstandsleistung sich richtet, zur Vollstreckung von Gesetzen, von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder von Urtheilen und Verfügungen der Gerichte berufen ist, im vorliegenden Falle nicht zutrifft;

Daß das Gesetz nämlich hier solche Beamte im Auge hat, welchen die Handhabung der Zwangsexekutivgewalt des Staates, sei es durch ihr Amt, sei es durch eine im speziellen Falle von zuständiger Seite getroffene Anordnung, übertragen ist;

Daß also auch nicht jeder einem Beamten ertheilte amtliche Auftrag demselben die hier erforderte Qualität verleihen kann, nach dem Sinne dieser Bestimmung dem Beamten vielmehr die Ausführung einer nöthigen Falles im Zwangswege zu vollziehenden behördlichen Anordnung übertragen sein muß;

Daß nun die dienstlichen Funktionen des Postillons G. zur fraglichen Zeit darin bestanden haben, den von einem Postschaffner begleiteten Postpacketwagen als Kutscher zu leiten;

Daß daher von einer Qualifikation desselben als Vollstreckungsbeamter im Sinne des § 113 des Strafgesetzbuchs keine Rede sein kann, damit aber die erhobene Beschwerde sich als unbegründet erweist.

Feriensenat. Sitzung vom 8. September 1886.

Strafsache. — Ueberschreitung der Taxe beim Betriebe des Apothekergewerbes. — Strafbarkeit des Inhabers der Apotheke.

Die Ueberschreitung der Preußischen Arzneitaxe vom 1. Oktober 1872 beim Betriebe des Apothekergewerbes ist aus § 148 Nr. 8 der Gewerbeordnung strafbar. Die Strafe trifft den Inhaber der Apotheke, auch wenn die Taxüberschreitung ohne sein

Vorwissen von einem Gehülfen verübt wurde. Ein Apothekergehülfe ist nicht Stellvertreter im Sinne der §§ 45 und 151 der Gewerbeordnung.

Strafsache gegen P.

In der Apotheke des Angeklagten P. war ohne Vorwissen desselben von einem Gehülfen bei Anfertigung und Wiederholung eines Receptes die Preußische Arzneitaxe vom 1. Oktober 1872 überschritten worden. Vom Schöffengerichte dieserhalb wegen Uebertretung des § 148 Nr. 8 der Gewerbeordnung verurtheilt, führte P. in der Berufungsinstanz aus, daß §.148 Nr. 8 der Gewerbeordnung auf das Apothekergewerbe überhaupt nicht Anwendung finde, daß überdies aber sein Gehülfe auf Grund des § 16 des Reglements über die Lehr- und Servirzeit und über die Prüfung der Apothekerlehrlinge und Gehülfen vom 11. August 1864 zu seiner Stellvertretung in der Apotheke berechtigt sei und mithin § 151 der Gewerbeordnung Platz greife. Die Strafkammer verwarf die Berufung. Die auf die nämlichen Ausführungen gestützte Revision wurde vom Strafsenate verworfen aus folgenden

Gründen:

Inhalts des § 6 der Gewerbeordnung findet dieses Gesetz auf den Verkauf von Arzneimitteln nur insoweit Anwendung, als dasselbe ausdrückliche Bestimmungen darüber enthält. Eine derartige Vorschrift ist im § 80, Inhalts dessen die Taxe für die Apotheker durch die Centralbehörden festgesetzt werden kann, erlassen worden. Da für das Königreich Preußen eine Arzneitaxe auf Grund des erwähnten § 80 eingeführt worden ist, so bezieht sich die Strafbestimmung des § 148 Nr. 8 der Gewerbeordnung auch auf Taxüberschreitungen der Apotheker. In Uebereinstimmung mit dieser Auffassung verfügt die Preußische Arzneitaxe vom 1. Oktober 1872 unter Nr. 3 der Allgemeinen Bestimmungen: „Die Ueberschreitung der Taxe ist verboten und wird vorkommenden Falles gemäß § 148 Nr. 8 der Gewerbeordnung bestraft.“ (Eulenberg Medizinalwesen Seite 516)

Das angegriffene Urtheil stellt ohne ersichtlichen Rechtsirrthum fest, daß in der Apotheke des Angeklagten die Taxe überschritten worden ist, und hat innerhalb der gesetzlichen Grenze die Strafe bestimmt. Wegen dieser Taxüberschreitung war der Angeklagte

auf Grund der auf polizeilichen Rücksichten beruhenden Vorschrift des § 148 Nr. 8 strafbar, sofern er nicht nach Maßgabe der §§ 45 und 151 der Gewerbeordnung einen Stellvertreter in seinem Gewerbe bestellt hatte. Das angegriffene Urtheil führt in zutreffender Weise aus, daß der Angeklagte lediglich Apothekergehülfen, keineswegs aber einen derartigen Stellvertreter gehabt hat (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Band 2 Seite 326, Band 4 Seite 253).

Demnach mußte die Revision mit der sich aus § 505 der Strafprozeßordnung ergebenden Kostenfolge als unbegründet verworfen werden.

Strafsenat. Sitzung vom 3. Dezember 1886.

Rechtsanwalt. — Eidesleistungstermin. — Beweisgebühr.

Dem Rechtsanwalte steht im Falle der Leistung eines durch Urtheil auferlegten Eides die Beweisgebühr (§ 13 Nr. 4 der Rechtsanwaltsgebührenordnung) nur dann zu, wenn derselbe die Partei in dem Eidesleistungstermine vertreten hat.

Leisinger — Classen.

So entschieden vom Oberlandesgerichte unter Verwerfung der Beschwerde gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluß des Königl. Landgerichts zu Köln vom 13. April 1886 aus folgenden

Gründen:

Paragraph 13 Nr. 4 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte gewährt denselben für die Vertretung in dem Termine zur Leistung eines durch Urtheil auferlegten Eides, sowie in einem Beweisaufnahmeverfahren die sogenannte Beweisgebühr. Der Begriff des Wortes „Beweisaufnahmeverfahren“ ist ein weiterer, als der des Wortes „Beweisaufnahme“, und daher die Annahme gerechtfertigt, daß die Beweisgebühr dem Anwalte in der Regel zusteht, wenn er für seine Partei eine die Beweisführung bezweckende Thätigkeit vorgenommen hat, wenngleich er im Beweisaufnahmetermine nicht anwesend war (vergl. Entscheid. des Reichsgerichts in der jur. Wochenschrift 1884,

S. 214). Dies gilt aber nicht für den Fall, wo, wie vorliegend, die Beweisaufnahme in einer Eidesleistung besteht, da für einen solchen der angezogene Paragraph die Beweisgebühr nur für die Vertretung im Termine gewährt.

I. Senat. Sitzung vom 24. Mai 1886.

Gerichtskostengesetz, § 48. — Mündliche Verhandlung. — Vertagung. — Besondere Gebühr für die weitere Verhandlung.

Zur Anwendung des § 48 des Gerichtskostengesetzes, wonach, wenn durch Verschulden einer Partei oder des Vertreters derselben die Vertagung einer mündlichen Verhandlung veranlaßt worden, das Gericht von Amtswegen die besondere Erhebung einer Gebühr für die verursachte weitere Verhandlung beschließen kann, ist nicht erforderlich, daß im Sinne der §§ 18 Nr. 1 und 19 ibid. kontradiktorisch verhandelt worden ist, d. h. einander widersprechende Anträge gestellt worden sind; es genügt vielmehr, daß die Verhandlung eröffnet und in derselben irgend etwas mit der Sache im Zusammenhange Stehendes, wodurch das Gericht in die Möglichkeit versetzt worden, die Vertagung der Verhandlung anzuordnen und die Vertagungsfrist zu bestimmen, mündlich vorgetragen worden ist.*)

Weiß — Feldmann.

So entschieden vom Oberlandesgerichte unter Zurückweisung der von dem Beklagten Feldmann gegen den Beschluß der Kammer für Handelssachen zu Crefeld vom 21. Oktober 1886 eingelegten Beschwerde aus folgenden

Gründen:

Durch den bezogenen Beschluß ist gegen den Beklagten auf Grund des § 48 Gerichtskostengesetzes wegen verspäteter Mit-

*) In gleichem Sinne hat auch der dritte Senat des Oberlandesgerichts durch Beschluß vom 17. Januar 1887 in Sachen Müller gegen Jülicher Volksbank unter Verwerfung der Beschwerde gegen den Beschluß des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 9. Dezember 1886 entschieden.



theilung der Klagebeantwortungsschrift an den Gegenanwalt und dadurch verschuldeter Vertagung der mündlichen Verhandlung auf einen späteren Tag von Amtswegen die besondere Erhebung einer Gebühr für die verursachte weitere Verhandlung in Höhe von drei Zehntel der Verhandlungsgebühr (ausmachend bei einem Streitwerthe von 1291 Mark 93 Pfg. drei Zehntel von 38 Mark, gleich 11 Mark 40 Pfg.) beschlossen worden und diese Gebühr zur Sollstellung gelangt.

Die erhobene Beschwerde macht geltend, der bezogene § 48 sei nicht mit Recht zur Anwendung gebracht; zunächst finde derselbe schon nach dem Wortlaute nur dann Anwendung, wenn das Gericht in die Verhandlung der Sache bereits eingetreten sei und diese bereits angefangene Verhandlung durch Verschulden einer Partei oder eines Vertreters derselben habe abgebrochen werden müssen, so daß dieselbe ganz oder bezüglich einzelner Punkte auf's Neue stattzufinden habe. Damit stimme auch die authentische Interpretation durch den Gesetzgeber selbst überein; denn es sei in der Reichstagskommission in Uebereinstimmung mit den Regierungsvertretern zu Protokoll gegeben worden: „Der Fall der Vertagung des § 48 setzt voraus, daß die Verhandlung der Sache bereits begonnen hatte, und ist dieserhalb nicht gegeben, wenn die Vertagung ohne Eingehen auf eine Verhandlung erfolgt.“ Zu demselben Resultate gelange man auch bei einer systematischen Interpretation des § 48; denn die besondere Gebühr bilde eine Vergütung für die Inanspruchnahme der Thätigkeit und der Zeit des Gerichts, insofern dasselbe gezwungen werde, auf's Neue vor sich verhandeln zu lassen, die Gebühr habe nicht die Natur einer Strafe und auch nicht den Zweck, den Gang des Prozeßverfahrens zu beschleunigen, weil der Prozeßbetrieb in den Händen der Partei beruhe und gegen eine nichtverhandelnde Partei der andere Theil Versäumnißurtheil erwirken und dadurch eine Verschleppung des Verfahrens verhindern könne. Weiter wird dann ausgeführt, es liege auch kein Verschulden des Verklagten oder seines Vertreters im Sinne des § 48 vor.

Die eingezogenen Gerichtsakten ergeben, daß in der fraglichen, durch Zustellung vom 27. Juli 1886 erhobenen Klage Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt gewesen ist auf den 30. September, und daß in diesem Termine auf den Antrag der Parteivertreter eine Vertagung auf den 21. Oktober statt-

gefunden „bei Vermeidung der im § 48 vorgesehenen Gerichtskostenzahlung.“ Das Sitzungsprotokoll vom letzteren Tage lautet: „Rechtsanwalt Simon erklärte, nicht verhandeln zu können, weil ihm der Schriftsatz des Beklagten vom 16. Oktober erst am 19. Oktober zugegangen sei und er solchen seiner Partei mitgetheilt, von dieser aber noch keine Antwort erhalten habe. Rechtsanwalt Dr. Kober erklärte, daß er nicht in der Lage gewesen, den Schriftsatz früher, als geschehen, anzufertigen und mitzutheilen.“ Das Gericht hat darauf den § 48, wie vor angegeben, zur Anwendung gebracht und zur weiteren mündlichen Verhandlung bei Vermeidung einer ferneren Gerichtskostenzahlung aus diesem Paragraphen eine spätere Sitzung bestimmt.

Die Beschwerde konnte als begründet nicht erachtet werden.

Zunächst war der Vorinstanz nicht entgegenzutreten, wenn dieselbe in dem Umstande, daß der Verklagte fast zwei und einen halben Monat hat verstreichen lassen, bevor er seinem mit ihm am nämlichen Orte wohnenden Anwalte das nöthige Material zur Beantwortung der Klage an die Hand gegeben, ein mit der erfolgten Vertagung in causaler Beziehung stehendes Verschulden desselben im Sinne der mehrbezogenen Gesetzesstelle gefunden hat, vergl. § 244 Civilprozeßordnung; ein „grobes“ Verschulden wird hier, abweichend von der Vorschrift des § 97 der Civilprozeßordnung, nicht erfordert.

Was sodann das Thatbestandsmerkmal der „Vertagung einer mündlichen Verhandlung“ betrifft, so ist auch dieses im vorliegenden Falle gegeben; denn es haben in der Sitzung vom 21. Oktober die Parteivertreter nach stattgehabtem Aufruf der Sache (§ 197 Civilprozeßordnung) vor dem versammelten Gerichte wechselseitig mündliche Erklärungen abgegeben, welche die Streitsache Weiß gegen Feldmann betrafen, mithin sachlicher Natur waren und das Gericht in die Möglichkeit versetzten, die Vertagung der Verhandlung anzuordnen und die Vertagungsfrist zu bemessen, was, ohne in etwa auf das Materielle des Rechtsstreits einzugehen, nicht einmal möglich war. Ein Weiteres verlangt das Gesetz nicht; insbesondere ist nicht erforderlich, daß im Sinne von §§ 18 Nr. 1 und 19 des Gerichtskostengesetzes bereits kontradiktorisch verhandelt worden, d. h. einander widersprechende Anträge gestellt worden sind. In einem solchen Falle würde es sich auch nicht um die **Vertagung** der münd-

lichen Verhandlung in ihrer Gesammtheit, sondern um die „Fortsetzung der mündlichen Verhandlung“ (zweiter Fall des § 48) handeln. Daß nach dem Sprachgebrauch des Gesetzgebers unter vertagter mündlicher Verhandlung nichts Weiteres zu verstehen ist, als daß die Verhandlung eröffnet und in derselben irgend etwas mit der Sache im Zusammenhange Stehendes mündlich vorgetragen, demnächst aber vom Gerichte Vertagung beschlossen worden, ergeben unter Anderem die §§ 90, 206, 245, 300, 302, 486 der Civilprozeßordnung, §§ 16, 17 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte. Erscheint Niemand oder erklären die erschienenen Parteien beziehungsweise Vertreter, nicht verhandeln zu wollen, so ist § 48 des Gerichtskostengesetzes allerdings nicht anwendbar, weil die Sache alsdann nicht vertagt wird, sondern in den Zustand des Ruhens tritt und ein neuer Termin erst auf besonderen Antrag angesetzt wird, für welchen erneuerte Ladung erforderlich ist, § 228 Civilprozeßordnung (vergl. Beschluß des Reichsgerichts, 5. Civil-Senats, vom 30. April 1884 in der juristischen Wochenschrift 1884 S. 174). In dem gegenwärtig vorliegenden Falle ist kein Stillstand des Verfahrens eingetreten, sondern die Sache durch Bestimmung eines anderweiten Verhandlungstermines laufend erhalten worden.

Die Motive des Gesetzes (Siméon, Gesetze über den Kostenansatz, 2. Auflage Theil I S. 23 Note) betonen, daß die Gebühr des § 42 des Entwurfs, des jetzigen § 48, auch für eine nicht kontradiktorische Verhandlung erhoben werde, weil sonst die Erhebung der besonderen Gebühr von dem Willen der säumigen Partei abhängig sei.

Aus dem von der Beschwerde bezogenen, zum Protokolle vom 6. Mai 1878 gegebenen Vermerk (Drucksachen des Deutschen Reichstages, 2. Session 1878, Anlagen Bd. 4 S. 1481), welcher Vermerk selbstverständlich nicht, wie die Beschwerde meint, eine authentische Interpretation durch den Gesetzgeber darstellt, ist nichts Gegentheiliges zu entnehmen. Wenn die Vertagung ohne Eingehen auf eine Verhandlung erfolgt, beispielsweise nicht in der anberaumten Sitzung, sondern vor derselben auf schriftliches Ersuchen der Anwälte, ist der § 48 allerdings nicht anzuwenden, weil es an der mündlichen Verhandlung gebricht und eine einfache Terminsveränderung vorliegt, die einer Gerichtsgebühr nicht unterworfen ist. Dies stellt auch die aus

der amtlichen Begründung des Gesetzes ersichtliche Absicht des Gesetzgebers klar. Es heißt nämlich darin (Siméon S. 23): „Hier ist ohne Zweifel ein Gebiet für die Erhebung besonderer Gebühren, da es sich um Vervielfältigung der als gebührenpflichtig angenommenen Akte handelt und gerade hier dem Mißbrauche der Formen des Verfahrens entgegengetreten werden soll. Dabei ist davon auszugehen, daß alle diejenigen Akte, welche bei rechtzeitiger Vornahme der verzögerten Prozeßhandlung nicht erforderlich gewesen wären, als nicht zur Instanz gehörig angesehen werden. Nur in dieser Annahme wird ein einigermaßen wirksames Mittel gegen willkürliche Verzögerungen gefunden werden können, soweit ein solches Mittel überhaupt in der Gefahr, Prozeßkosten zu tragen, gesucht werden kann."

Der Beschwerdeführer meint, das Gericht habe gar kein Mittel, Vertagungen der mündlichen Verhandlungen, möchten dieselben sich noch so oft wiederholen und noch so sehr auf Willkür und Verschulden der Parteien oder deren Vertreter beruhen, entgegenzutreten, der Justizfiskus müsse ruhig hinnehmen, daß in Folge häufiger Vertagungen störende Pausen in der Gerichtsthätigkeit eintreten, Zeit und Arbeitskraft der Richter umsonst in Anspruch genommen und dadurch eine größere Anzahl von Richtern erforderlich werde, als ein prompter Geschäftsgang bedingen würde. Die Motive ergeben aber das gerade Gegentheil. „Schuldhaftem prozessualem Verhalten in der angedeuteten Richtung kann das Gericht durch Auferlegung einer sofort (§ 94 Nr. 3 Gerichtskostengesetz) einziehbaren, nicht erstattungsfähigen besonderen Verhandlungsgebühr entweder zum vollen Betrage oder in der Ermäßigung bis zu zwei Zehntel derselben entgegentreten und so nicht nur die Zwecke einer guten Justizpflege fördern, sondern auch der Staatskasse zu einem theilweisen Ersatze ihrer durch die willkürlichen Vertagungen veranlaßten Mehrausgaben für Richtergehälter und sonstige Ausgaben der Justizverwaltung verhelfen."

Uebereinstimmend mit dem hiervor Ausgeführten hat das Reichsgericht, 4. Civil-Senat, in Sachen Straube gegen Straube am 28. Januar 1884 entschieden, indem es nach der juristischen Wochenschrift 1884 S. 89 Nr. 25 begründend ausgeführt: „Der § 48 des Gerichtskostengesetzes verlangt nach seiner Fassung, seinem Grunde und Zwecke, auch wenn der von der Reichstagskommission dazu protokollirte Vermerk berücksichtigt wird, zu seiner Anwendung

nicht eine bereits begonnene kontradiktorische Verhandlung im Sinne der §§ 18 und 19 jenes Gesetzes, sondern nur, daß es zu einer Verhandlung zwischen den Parteien in dem anberaumten Verhandlungstermine gekommen ist. Im vorliegenden Falle ist über den Vertagungsantrag im Verhandlungstermine verhandelt worden, und es hat auf den materiellen Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze eingegangen werden müssen, weshalb die Voraussetzungen des § 48 als vorhanden anzunehmen sind." Auch das Oberlandesgericht Naumburg hat nach Busch, Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß Bd. 4 S. 261, in gleichem Sinne erkannt. Vergl. auch noch Wallmann, Deutsche Juristenzeitung Bd. 8 S. 666 (Beschluß des Reichsgerichts vom 12. Juni 1883) und Professor Wach in der Schrift: die Civilprozeßordnung und die Praxis, Leipzig 1886 S. 31 nebst den daselbst citirten Urtheilen sächsischer Gerichte.

IV. Senat. Sitzung vom 9. Dezember 1886.

Zeuge. — Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft. — Zwischenurtheil.

Der Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft kann in einem Prozesse, in welchem die Gesellschaft Partei ist, als Zeuge nicht vernommen werden. Hat eine solche Vernehmung vor einem ersuchten Gerichte stattgefunden, so ist auf Antrag durch Zwischenurtheil anzuordnen, daß die Aussage nicht zu berücksichtigen ist.

Lukhaus — Wiemann & Schlünkes.

In der rubrizirten Prozeßsache wurde durch Beweisbeschluß angeordnet, daß neben anderen Zeugen auch W. Wiemann zu Barmen — Wupperfeld über verschiedene Thatsachen zu vernehmen sei. Bei der Aufnahme des Zeugenbeweises vor dem ersuchten Amtsgerichte zu Barmen erklärte der Wiemann, Theilhaber der verklagten Handlung zu sein, und wurde demnächst uneidlich vernommen. Bei der Verhandlung der Sache beantragte der Kläger, anzuordnen, daß die Aussage von W. Wiemann nicht verlesen und in keiner Weise berücksichtigt werden solle. Die Beklagte trug auf Verwerfung des Antrages an.

Das Oberlandesgericht entsprach jedoch durch Zwischenurtheil dem Antrage des Klägers aus folgenden

Gründen:

Es ist von der Annahme auszugehen, daß ein Zeuge eine dritte Person sein muß, welche über ihre Wahrnehmungen in Bezug auf die streitigen Thatsachen Auskunft geben soll. Der Zeuge Wiemann ist nicht eine solche dritte Person, sondern Theilhaber der beklagten offenen Handelsgesellschaft. Wenn hiergegen die Beklagte anführt, daß nicht der Zeuge Wiemann, sondern die offene Handelsgesellschaft Partei sei, so übersieht sie dabei, daß diese Gesellschaft, um sich nach Außen geltend zu machen, eines Vertreters bedarf und in Gemäßheit des Art. 111 Handelsgesetzbuchs durch denselben den zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eid leistet. Es erscheint aber rechtlich nicht denkbar, daß dieselbe Person betreffs der gleichen Thatsache, über welche ihr der Eid zugeschoben oder zurückgeschoben werden kann, zugleich als Zeuge vernommen werden könne. Ebenso vergeblich ist auch die Anrufung des § 358 Nr. 4 Civilprozeßordnung.

Unter Personen, welche bei dem Ausgange des Rechtsstreites unmittelbar betheiligt sind, werden Dritte, nicht aber die Vertreter der Prozeßparteien nach Außen verstanden.

Demnach war die Vernehmung des Wiemann als Zeugen unzulässig und seine Aussage nicht beweisfähig.

Die Entscheidung über dieses Angriffsmittel hat durch Zwischenurtheil nach § 275 der Civilprozeßordnung zu erfolgen.

II. Senat. Sitzung vom 16. September 1886.
Rechtsanwälte: Bessel — Gorius.

Klage aus unerlaubten Handlungen. — Ort der begangenen Handlung. — Zuständigkeit des Gerichts dieses Ortes.

Als Ort der begangenen unerlaubten Handlung im Sinne des § 32 der Civilprozeßordnung ist nicht der Ort anzusehen, an welchem die Ursache des schädigenden Erfolges sachlich ihre Entstehung genommen hat, sondern der Ort, an welchem der rechtserhebliche Thatbestand zur Erscheinung gelangt und somit der schädigende Erfolg durch die fortdauernde Wirkung jener Ursache herbeigeführt ist.

Schorr — Königl. Würtembergischen Eisenbahn-Fiskus.

Die Wittwe und Kinder des Fuhrmannes Peter Schorr haben beim Königl. Landgerichte zu Saarbrücken gegen den Würtembergischen Eisenbahn-Fiskus eine Entschädigungsklage erhoben mit der Begründung, daß ihr Ehemann bezw. Vater am 7. März 1885 auf dem Bahnhofe zu Wemmetsweiler im Bezirke des gedachten Gerichts beim Abladen eines dem Beklagten zugehörigen, mit Bauholz befrachteten Waggons in Folge schlechter Beschaffenheit bezw. mangelhafter Art der Beladung desselben seinen Tod gefunden habe, weshalb der Beklagte nach Art. 1384 des B. G.-B. haftbar sei. Der Beklagte bestritt vor Allem die Zuständigkeit des Gerichts und begehrte schon aus diesem Grunde unter Ablehnung der Einlassung zur Hauptsache Abweisung der Klage, behauptend, daß der Waggon auf Würtembergischem Gebiete dem Verkehr übergeben worden sei, daß mithin dort die rechtswidrige Handlung begangen und daher die dortigen Gerichte nach § 32 der Civilprozeßordnung in der Sache zuständig seien. Auf diese Einrede hat das Landgericht durch Urtheil vom 31. März 1886 die Klage wegen Unzuständigkeit kostenfällig abgewiesen.

Mittelst der von den Klägern eingelegten Berufung beantragten dieselben, das Landgericht zu Saarbrücken für zuständig zu erklären und die Sache zur weiteren Verhandlung in die erste Instanz zurückzuverweisen. Ihr Vertreter machte geltend: Bei einer unerlaubten Handlung komme nicht nur das subjektive Verschulden, sondern auch der objektive Thatbestand in Betracht; ohne letzteren, bezw. ohne daß der schädigende Erfolg eingetreten, sei das Verschulden unerheblich. Wenn der Gesetzgeber im § 32 Civilprozeßordnung dasjenige Gericht als zuständig bezeichne, in dessen Bezirke die unerlaubte Handlung begangen sei, so habe er analog, wie im § 7 der Strafprozeßordnung, die objektive Seite im Auge gehabt, zumal da am Orte, wo der Erfolg eingetreten, die Beweisführung eine leichtere und weniger kostspielige sei.

Zur Begründung des Antrages auf Zurückweisung der Berufung führte der Vertreter des Beklagten aus: Durch § 32 Civilprozeßordnung solle kein wechselnder, sondern ein einheitlicher Gerichtsstand geschaffen werden; entscheidend sei der Ort

des Verschuldens. Dieser sei der Ort der That, und komme es untergebens darauf an, wie die Verladung des Waggons in Würtemberg stattgefunden habe.

Das Oberlandesgericht verwarf unter Aufhebung des angefochtenen Urtheiles die Einrede der Unzuständigkeit des Landgerichts zu Saarbrücken, verwies die Sache zur weiteren Verhandlung in die erste Instanz zurück und legte die Kosten, welche durch das Vorbringen der Einrede in erster Instanz entstanden sind, sowie die Kosten zweiter Instanz dem Beklagten zur Last aus folgenden

Gründen:

Die erhobene Klage wird darauf gestützt, daß der Ehemann bezw. Vater der Kläger in Folge einer mangelhaften Beschaffenheit eines Eisenbahn-Waggons oder einer Nachlässigkeit bei dessen Beladung mit Bauhölzern verunglückt sei. Auch für den Fall, daß der klägerische Anspruch auf die Haftbarkeit des Beklagten für die unerlaubte Handlung Anderer gestützt wird (Entsch. des Reichsgerichts Bd. 6 S. 383), ist nach § 32 der Civilprozeßordnung die Zuständigkeit desjenigen Gerichts gegeben, in dessen Bezirke die Handlung begangen ist. Als Ort der begangenen Handlung ist aber nicht der Ort anzusehen, an welchem die Ursache des Unfalles sachlich ihre Entstehung genommen hat, sondern derjenige, an welchem der rechtserhebliche Thatbestand zur Erscheinung gelangt, bezw. an welchem die durch die behauptete Nachlässigkeit des Beklagten bewirkte Rechtsverletzung für die Kläger eingetreten ist. Nicht durch die angeblich in Würtemberg stattgehabte Pflichtversäumniß des Beklagten an und für sich — dieselbe hätte möglicher Weise ohne Folgen bleiben können — sondern durch die fortdauernde Wirkung dieser Ursache ist der Unfall herbeigeführt worden. Die Sache ist so anzusehen, als ob der Beklagte seine Thätigkeit in Würtemberg begonnen und in Wemmetsweiler zum Abschlusse gebracht hätte. Bildet aber das behauptete schuldbare Verhalten des Beklagten in Verbindung mit dem Erfolge eine einheitliche strafbare Handlung, so erscheint die Zuständigkeit des Landgerichts zu Saarbrücken nach § 32 Civilprozeßordnung begründet (vergl. Wach, Civilprozeß Bd. 1 S. 462, Löwe, Strafprozeßordnung Anmerkung zu § 7, Entscheid. des

Reichsgerichts Bd. 4 S. 381). Für die Kosten des erfolglos gebliebenen Vertheidigungsmittels ist § 91 Civilprozeßordnung maßgebend.

IV. Senat. Sitzung vom 23. Oktober 1886.

Rechtsanwälte: am Zehnhoff — Gorius.

Einstweilige Verfügung. — Gericht der Hauptsache. — Vereinbarung der Parteien. — Zuständigkeit.

Ist im Falle des in Gemäßheit des § 820 der Civilprozeßordnung erfolgten Erlasses einer einstweiligen Verfügung durch das Amtsgericht, ehe die Hauptsache anhängig ist, durch Vereinbarung der Parteien ein anderes, als das an sich zuständige Gericht, zum Gericht der Hauptsache bestimmt worden, so ist dieses Gericht auch zuständig, über die nach § 820 cit. zu erhebende Klage auf Rechtmäßigkeitserklärung der einstweiligen Verfügung zu entscheiden.

Merschheim und Gen. — Hommelsheim und Gen.

Am 29. November 1883 verstarb zu Irresheim Bernhard Baum unter Hinterlassung einer Reihe von Seitenverwandten väterlicher und mütterlicher Seite als Erben. Die Erben väterlicher Seite, Eheleute Merschheim und Genossen, beantragten und erwirkten im Dezember 1883 beim Amtsgerichte zu Düren eine einstweilige Verfügung, durch welche über die zu dem Nachlasse gehörigen, im Besitze der Erben mütterlicher Seite, Adam Hommelsheim und Genossen, befindlichen Grundstücke die Sequestration angeordnet wurde. Gleichzeitig gab das Amtsgericht den Antragstellern auf, binnen drei Wochen nach Zustellung die Gegner vor das Gericht der Hauptsache zu laden, um über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung entscheiden zu lassen.

Dem entsprechend erhoben die Eheleute Merschheim und Genossen gegen den Adam Hommelsheim und Genossen eine hierauf gerichtete Klage zum Kgl. Landgerichte zu Köln. Bei der mündlichen Verhandlung erklärten die Parteien, daß sie vor der Ladung übereingekommen seien, das Landgericht Köln als Gericht der Hauptsache zu betrachten.

Trotzdem erklärte sich dieses Gericht nach stattgehabter Beweisaufnahme durch Urtheil vom 9. Juli 1886 für unzuständig, über den Antrag auf Rechtmäßigkeitserklärung der einstweiligen Verfügung zu entscheiden, indem es annahm, daß nach der Lage der Grundstücke und dem Wohnorte der Parteien das Landgericht Köln nicht dasjenige Gericht gewesen sei, bei welchem zur Zeit der Stellung des Antrages auf Erlaß der einstweiligen Verfügung die Klage in der Hauptsache zu erheben gewesen wäre, daß aber der § 820 der Civilprozeßordnung arg. § 707 ibidem einen ausschließlichen Gerichtsstand für das Gericht der Hauptsache fixire, so daß an dessen Stelle ein anderes Gericht durch Uebereinstimmung der Parteien nicht substituirt werden könne.

Die Kläger erhoben Berufung. In der Berufungsinstanz wurde seitens der Beklagten neben den Ausführungen des ersten Richters geltend gemacht, es sei auch zweifelhaft, ob das Amtsgericht zu Düren zum Erlaß der einstweiligen Verfügung zuständig gewesen sei; zur Zeit des Erlasses der einstweiligen Verfügung habe beim Oberlandesgerichte hierselbst zwischen einem der Kläger und drei Beklagten eine Retraktsklage geschwebt, und es hätte, falls dieser Prozeß als Rechtsstreit über die Hauptsache anzusehen sei, nach § 821 der Civilprozeßordnung die einstweilige Verfügung vom Oberlandesgerichte erlassen werden müssen.

Das Oberlandesgericht erklärte unter Aufhebung des angegriffenen Urtheiles das Landgericht zu Köln für zuständig, über den Klageantrag zu erkennen, und verwies die Sache zur Verhandlung und Entscheidung über diesen selbst in die erste Instanz zurück aus folgenden

Gründen:

Die Ausführung der Beklagten, daß in der gegenwärtigen Instanz zunächst zu prüfen sei, ob überhaupt das Königliche Amtsgericht zu Düren zu dem Erlasse der einstweiligen Verfügung vom 5. Dezember 1885 zuständig gewesen sei, oder ob vielmehr eine solche von dem Königlichen Oberlandesgerichte zu Köln, bei welchem damals eine Retraktsklage der drei Beklagten, Geschwister Hommelsheim, gegen den Kläger Mendel in zweiter Instanz anhängig war, anzuordnen gewesen wäre, ist hinfällig.

Denn abgesehen davon, daß der erwähnte Vorprozeß, wie nicht bestritten ist, nicht alle heutigen Parteien umfaßte, demnach nicht als die hier fragliche Hauptsache angesehen werden kann, ist die Prüfung dieser Frage ein Theil der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der ergangenen Verfügung, welche dem Gerichte der Hauptsache erster Instanz obliegt.

Dagegen trifft die Ausführung der Kläger zu, daß als Hauptsache die Theilungsklage bezüglich des Nachlasses von Bernhard Baum anzusehen und die unter den Parteien erfolgte Vereinbarung des Landgerichts Köln als des für diese Theilungsklage zuständigen Gerichts an sich statthaft und auch für die vorliegende Streitfrage maßgebend zu erachten ist. Nach dem Thatbestande des angegriffenen Urtheiles haben die Parteien bei der Schlußverhandlung auf Befragen übereinstimmend erklärt, „daß sie vor der Ladung übereingekommen seien, das Landgericht zu Köln als das Gericht der Hauptsache zu betrachten.“

Als Hauptsache können aber bei dieser Vereinbarung die Parteien, welche sämmtlich an dem noch ungetheilten Nachlasse von Bernhard Baum betheiligt sind, zweifellos nur die anzustellende Theilungsklage betrachtet haben, weil zur Zeit jener Vereinbarung die allein noch etwa in Frage kommende obenerwähnte Retraktsklage schon in zweiter Instanz anhängig war. Für diese Theilungsklage ist die in den §§ 38 und 39 der Civilprozeßordnung vorgesehene Prorogation des Gerichtsstandes unbedenklich zulässig.

Es ist demnach das von den Parteien angerufene Landgericht Köln als Gericht der Hauptsache anzusehen, bei welchem die gemäß der streitigen einstweiligen Verfügung von den Parteien nachzusuchende Entscheidung über die Rechtmäßigkeit derselben zu erfolgen hat. Diese Annahme wird durch den Umstand wesentlich unterstützt, daß durch die Vorschrift des § 820 Civilprozeßordnung, nach welcher bei Erlaß einer einstweiligen Verfügung durch das Amtsgericht der Gegner innerhalb einer bestimmten Frist zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung vor das Gericht der Hauptsache zu laden ist, die gleichzeitige Befassung mehrerer Gerichte mit einzelnen zusammenhängenden Rechtsstreitigkeiten vermieden werden soll.

Dieser Absicht des Gesetzes würde es aber offenbar nicht entsprechen, wenn untergebens, wo durch die Uebereinkunft der Parteien für die Hauptsache, die Theilungsklage, die Zuständigkeit des Landgerichts Köln begründet ist, die Entscheidung über die einstweilige Verfügung von einem anderen Gerichte erfolgen sollte.

Demnach ist durch § 707 der Civilprozeßordnung nur eine Vereinbarung ausgeschlossen, wodurch im Falle des § 820 ibidem für die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung ein anderer Gerichtsstand, als der der Hauptsache, begründet werden sollte, während die nach den allgemeinen Vorschriften begründete Zulässigkeit der Vereinbarung über den Gerichtsstand der Hauptsache durch § 707 cit. nicht berührt werden kann. Vielmehr muß der so bestimmte Gerichtsstand der Hauptsache auch für eine gemäß § 820 nachzusuchende Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung maßgebend sein.

Somit war unter Aufhebung des angegriffenen Urtheiles die Zuständigkeit des Landgerichts Köln auszusprechen und die Sache zu der erforderlichen weiteren Verhandlung und Entscheidung nach § 500 Nr. 2 der Civilprozeßordnung an dieses Gericht zurückzuverweisen.

Die Entscheidung über die Kosten der Berufungsinstanz war dem künftigen Endurtheile vorzubehalten.

I. Senat. Sitzung vom 1. Dezember 1886.
Rechtsanwälte: Schilling — Gorius.

Klage wegen Viehmängel. — Vertragliche Eigenschaften. — Zuständigkeit. — Amtsgericht. — Berufungsinstanz.

Das Amtsgericht ist nach § 23 Nr. 2 Abs. 4 des Gerichtsverfassungsgesetzes über Streitigkeiten wegen Viehmängel ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes auch dann zuständig, wenn es sich lediglich um **vertragsmäßig** zugesicherte Eigenschaften handelt.*)

*) Vergl. Mittheilungen des Rheinpr. Amtsrichtervereins 4. Jahrgang S. 108.

Der Antrag, eine Sache im Falle der Annahme der Unzuständigkeit vor das zuständige Gericht zu verweisen, kann auch noch in der Berufungsinstanz nachgeholt werden.

Schuhmacher — Billig.

Der Ackerer Heinrich Schuhmacher zu Euskirchen hat gegen den Handelsmann Joseph Billig daselbst zum Landgerichte in Bonn eine Klage auf Auflösung eines Kaufgeschäfts erhoben, durch welches Kläger von dem Beklagten ein Pferd für den Kaufpreis von 700 Mark erworben hatte. Die Klage wurde auf die Behauptung gegründet, daß das Pferd die von dem Beklagten *vertraglich* garantirten Eigenschaften hinsichtlich des Alters und der Tauglichkeit zur Arbeit, insbesondere der Zugfestigkeit nicht besitze.

Der Klage wurde in erster Instanz auf Grund des § 23 Nr. 2 Abs. 4 des Gerichtsverfassungsgesetzes die Einrede der Unzuständigkeit des Landgerichts entgegengesetzt, welche vom Kläger mit der Behauptung als nicht zutreffend bezeichnet wurde, daß der § 23 Nr. 2 cit. die Klage wegen Viehmängel ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes nur insoweit der Zuständigkeit der Amtsgerichte zuweise, als es sich um Mängel handle, für welche der Verkäufer *kraft Gesetzes* einzustehen habe, nicht aber auch, soweit lediglich *vertraglich garantirte* Eigenschaften des verkauften Thieres in Frage ständen.

Das Landgericht wies durch Urtheil vom 1. Juli 1886 die Klage wegen Unzuständigkeit ab.

Der Kläger erhob Berufung und beantragte in der Berufungsinstanz eventuell, sofern der Annahme des Landgerichts hinsichtlich der Zuständigkeitsfrage beigetreten werden sollte, den Rechtsstreit vor das Kgl. Amtsgericht zu Euskirchen zu verweisen.

Das Oberlandesgericht erkannte dem letzteren Antrage gemäß aus folgenden

Gründen:

Wenn die Vorschrift des § 23 Nr. 2 Abs. 4 des Gerichtsverfassungsgesetzes ganz *allgemein* die „*Streitigkeiten wegen Viehmängel*“ ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes der Zuständigkeit der Amtsgerichte unterwirft, so kann

darüber, daß unter diesen Streitigkeiten nicht blos ein Streit über solche Mängel des verkauften Viehes, für welche der Verkäufer ohne eine dieserhalb übernommene Garantie auf Grund des Gesetzes einzustehen hat, sondern auch der Streit über den Mangel der vom Verkäufer vertraglich zugesagten Eigenschaften desselben zu verstehen ist, ein Zweifel um so weniger obwalten, als die generelle Fassung der gedachten Gesetzesbestimmung, wie das vom ersten Richter umständlich und richtig referirt wird, der blos die Wandelungs- und Minderungsklagen wegen Viehmängel der Competenz des Amtsgerichts unterstellenden Fassung des Regierungsentwurfs, welche von der betreffenden Reichstagscommission als zu enge beanstandet worden war, substituirt worden ist. Mit Recht hat daher das angegriffene Urtheil das Königl. Landgericht zur Entscheidung über die vorliegende Klage, obwohl deren Gegenstand den Werth von 300 Mark übersteigt und dieselbe lediglich auf den Mangel bestimmter, angeblich vom Berufungsbeklagten als Verkäufer vertraglich zugesagten Eigenschaften des verkauften Pferdes gestützt ist, für unzuständig erachtet. Es konnte auch Mangels eines vom Berufungskläger dahin gestellten Antrages der Rechtsstreit nicht an das zuständige Amtsgericht verwiesen, sondern nur, wie geschehen, die Abweisung der Klage ausgesprochen werden. Gegenwärtig liegt ein solcher Antrag jedoch vor. Daß derselbe noch in der Berufungsinstanz nachgeholt werden kann, unterliegt nach Maßgabe der Bestimmungen der §§ 487 und 491 der Civilprozeßordnung, wonach vor dem Berufungsgerichte der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von Neuem verhandelt wird, und die Parteien Angriffs- und Vertheidigungsmittel, welche in erster Instanz nicht geltend gemacht sind, vorbringen können, keinem Bedenken.

Es ist daher der Rechtsstreit an das zuständige Amtsgericht zu Euskirchen zu verweisen.

III. Senat. Sitzung vom 7. Dezember 1886.

Rechtsanwälte: Trimborn — Gorius.

Collokationsverfahren. — Untervertheilung (Sous-ordre). — Zuständigkeit des Richtercommissars.

Der Art. 778 des Code de procédure bildet einen integrirenden Bestandtheil des im Titel 14 des

5. Buches des Theiles 1 dieses Gesetzbuchs vorgeschriebenen Ordreverfahrens. Es ist daher der mit der Erledigung dieses Verfahrens beauftragte Richter auch für die hierbei als nöthig sich ergebende Untervertheilung (Sous-ordre) der competente Richter.

Die neuen Deutschen Reichsjustizgesetze haben hieran ebensowenig, wie die neuen Preußischen Gesetze etwas geändert.

Collokationssache gegen Schumacher.

Am 24. Juni 1882 wurde eine Reihe von Grundstücken der Eheleute Schumacher versteigert, und wurde von den Ansteigerern das Purgationsverfahren und demnächst auch das Collokationsverfahren beim Königl. Landgerichte zu Saarbrücken eingeleitet. Nachdem am 4. August 1885 der provisorische Status entworfen war, meldete die Ehefrau Schumacher, welche die Gütertrennungsklage gegen ihren Ehemann durchgeführt und auf die Gütergemeinschaft verzichtet hatte, nachträglich eine Reprisenforderung im Betrage von 3771 Mark 50 Pfg. wegen veräußerten Sondereigenthums an und wurde in einem Nachtrage zum provisorischen Status für diese Forderung mit dem Range zwischen den in diesem Status sub 1 und 2 erwähnten Forderungen lozirt. In Folge dessen beantragten mehrere der so nachlozirten Gläubiger, welche gegen beide Eheleute als Solidarschuldner Urtheile erwirkt hatten, auf Grund dieser Urtheile Anweisung in den Rechten ihrer Schuldnerin Ehefrau Schumacher auf denjenigen Theil des Steigerlöses, auf welchen diese in jenem Nachtrage angewiesen worden war. Der Richtercommissar verwies jedoch, indem er erwog, daß die Forderungen derjenigen Gläubiger, welche, ohne von der Ehefrau Schumacher in deren Rechte und deren Legalhypothek subrogirt zu sein, Anweisung auf den ihrer Schuldnerin Ehefrau Schumacher zugewiesenen Theil des Steigerlöses verlangten, letzteren überstiegen, sonach ein besonderes Vertheilungsverfahren in Gemäßheit des § 758 der Civilprozeßordnung unter diesen Gläubigern erforderlich werde und für dieses Verfahren der Richtercommissar im Ordreverfahren incompetent sei, die gedachten Gläubiger durch Entscheidung vom 1. Oktober 1886 zum Vertheilungsverfahren nach Verhältniß ihrer Forderungen, dessen Herbeiführung

denselben überlassen bleibe, und verordnete, daß der Ehefrau Schumacher bis auf Weiteres kein Zahlungsmandat ertheilt werde.

Gegen diese Entscheidung des Richtercommissars legten zwei jener Gläubiger am 12. Oktober 1882 Beschwerde ein.

Das Oberlandesgericht hob die gedachte Entscheidung des Richtercommissars auf und erklärte diesen für zuständig, eine Untervertheilung (Sous-ordre) vorzunehmen, aus folgenden

Gründen:

Die Auffassung des Richtercommissars, soweit sie dahin geht, daß im Ordreverfahren für eine nach Maßgabe des Art. 778 des Code de procédure vorzunehmende Untervertheilung nicht er, sondern das Amtsgericht zuständig sei, kann als richtig nicht erachtet werden. Der Art. 778 cit. bildet einen integrirenden Bestandtheil des im Titel 14 des 5. Buchs des Theiles 1 des Code de procédure vorgeschriebenen Ordreverfahrens. Hieraus folgt, daß der mit der Erledigung dieses Verfahrens beauftragte Richter auch für den sich hierbei als nöthig ergebenden Sous-ordre der competente Richter ist (vergl. Dalloz, répertoire Bd. 34. 1. Nr. 1325 ff.). Die neuen Deutschen Reichsjustizgesetze haben hieran ebensowenig, wie die neuen Preußischen Gesetze etwas geändert. Nach § 25 des Gesetzes, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 4. März 1879 gehört das rheinische Rangordnungsverfahren zur Competenz der Landgerichte, und ist hierbei der Art. 778 cit. nicht ausgenommen. Es war daher schon aus diesem Grunde die Entscheidung des Richtercommissars vom 1. Oktober 1886 aufzuheben. Darauf, daß in der Beschwerdeschrift die Aufhebung dieser Entscheidung aus einem anderen Grunde beantragt worden ist, kommt es hierbei nicht an, da das Beschwerdegericht nicht an die Motivirung der Beschwerde, sondern nur an deren Antrag gebunden ist.

Anlangend dagegen die fernere Frage, ob die Beschwerdeführer zugleich mit den übrigen Gläubigern der Ehefrau Schumacher auf den der Letzteren zufallenden Betrag im Sous-ordre nach Verhältniß ihrer Forderungen, oder ob die Beschwerdeführer auf Grund der von ihnen behaupteten Subrogation auf diesen Betrag vorab anzuweisen sind und der sich danach ergebende Rest unter die übrigen Gläubiger zu vertheilen ist, so steht hierüber dem Beschwerdegerichte eine Entscheidung, da



sie eine sachliche sein würde, nicht zu. Es ist vielmehr Sache des Richtercommissars, in dieser Beziehung eine Entscheidung zu treffen. Findet sich dann die eine oder andere Partei durch die getroffene Entscheidung beschwert, so steht ihr gegen dieselbe, als eine Feststellung im provisorischen Status, nach § 25 Abs. 2 des Gesetzes vom 4. März 1879 das Recht des Einspruchs zu, welcher im Prozeßwege zum Austrage zu bringen ist.

IV. Senat. Sitzung vom 24. November 1886.

Konkurs. — Zwangsvergleich. — Rechnungslegung. — Gemeinschuldner.

Wird ein Konkurs durch Zwangsvergleich beendigt, ohne daß der Konkursverwalter im Konkursverfahren Rechnung gelegt hat, so ist derselbe auf Verlangen des Gemeinschuldners verpflichtet, diesem über seine Verwaltung Rechnung zu legen.

B. — P.

So entschieden vom Oberlandesgerichte unter Verwerfung der Berufung gegen ein Urtheil des Landgerichts zu Cleve vom 23. Juni 1886 aus folgenden

Gründen:

Die Berufung ist frist- und formgerecht eingelegt, jedoch nicht begründet.

Das „zur Konkursmasse gehörige Vermögen" verbleibt Eigenthum des Gemeinschuldners (vergl. § 5 der Konkursordnung: „zur Konkursmasse gehöriges Vermögen", und Kommissions-Protokolle Seite 9). Der Gemeinschuldner verliert nur das Verfügungsrecht über dasselbe und dieses wird zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger vom Konkursverwalter ausgeübt.

Mag daher mit den Motiven zur Konkursordnung unentschieden bleiben, als wessen unmittelbarer Vertreter der Verwalter in Bezug auf die Masse zu gelten hat, jedenfalls verwaltet er fremdes, nämlich dem Gemeinschuldner gehöriges Vermögen.

Hieraus ergibt sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (vergl. Art. 1993 des B. G.-B.) die Verpflichtung des Kon-

kursverwalters, über seine Verwaltung Rechnung zu legen, und zwar ebensowohl den Gläubigern gegenüber, in deren Interesse, wie dem Gemeinschuldner gegenüber, über dessen Vermögen die Verwaltung geführt ist.

Die Konkursordnung schreibt daher im § 78 die Zuziehung des Gemeinschuldners zum Rechnungslagetermine vor, und die Motive (Seite 308) bezeichnen den Anspruch auf Abnahme der Schlußrechnung auch als ein individuelles Recht des Gemeinschuldners, dessen persönliche Ausübung ihm nicht entzogen werden dürfe.

Allerdings schreibt das Gesetz nur vor, daß und wie die Schlußrechnung vor Aufhebung des Konkursverfahrens zu legen ist, und präkludirt insbesondere im Interesse des Verwalters die im Termine nicht geltend gemachten Einwendungen.

Hieraus kann aber nur gefolgert werden, daß der Verwalter, welcher der Vorschrift des § 78 cit. genügt hat, von jeder weiteren Rechnungspflicht entbunden ist, nicht aber, daß der Verwalter, welcher im Konkurse aus irgend einem Grunde keine Rechnung gelegt hat, nun überhaupt Rechnung nicht mehr zu legen braucht. Es greift dann vielmehr die mit jeder Verwaltung fremden Vermögens verbundene Verpflichtung zur Rechnungslage Platz, deren Erfüllung der nunmehr wieder dispositionsfähig gewordene Eigenthümer des verwalteten Vermögens, der Gemeinschuldner, beanspruchen kann. Mit Recht hat hiernach der erste Richter den Berufungskläger zur Rechnungslegung verurtheilt.

III. Senat. Sitzung vom 17. November 1886.

Rechtsanwälte: Am Zehnhoff — Rieth.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. — Verspätete Bewilligung des Armenrechts.

Eine Partei, welcher zur Einlegung der Berufung das Armenrecht so spät bewilligt worden ist, daß der ihr bestellte Anwalt nicht in der Lage war, rechtzeitig Berufung einzulegen, kann sich zur Begründung des Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Nothfrist auf diesen Umstand dann nicht berufen, wenn sie das

Armenrecht so spät nachgesucht hat, daß bei ordnungsmäßiger Erledigung die rechtzeitige Bewilligung füglich nicht erfolgen konnte. *)

Ehle — Beamten-Pensions- und Unterstützungskasse der Bergisch-Märkischen Eisenbahn.

So entschieden vom Oberlandesgerichte auf die Berufung gegen ein Urtheil des Königl. Landgerichts zu Elberfeld vom 25. Mai 1886 unter Ablehnung des Antrages des Berufungsklägers auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist aus folgenden

Gründen:

Eine Armenpartei, die durch ein ihre Klage abweisendes Urtheil des Landgerichts sich für beschwert hält und deshalb behufs Einlegung der Berufung ein Gesuch um Bewilligung des Armenrechts einreicht, kann sich auf einen unabwendbaren Zufall, der sie an Einhaltung der Nothfrist behindert habe, nur dann berufen, wenn sie ihrerseits diejenige Sorgfalt bethätigt hat, die zur Einhaltung der zur Zustellung der Berufungsschrift bestimmten Nothfrist erforderlich ist, mit anderen Worten, wenn sie nichts versäumt hat, um durch rechtzeitige Einreichung des Armenrechtsgesuchs beim Oberlandesgerichte die Bewilligung ihres Gesuches so zeitig, wie möglich, innerhalb der Nothfrist zu erlangen. Im vorliegenden Falle, wo die Beklagte das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Elberfeld vom 5. Mai 1880 dem gesetzlichen Vertreter des Klägers am 26. Mai zustellen ließ, hat Letzterer sein Armenrechtsgesuch an das Königl. Oberlandesgericht am 23. Juni, also nur 3 Tage vor Ablauf der Nothfrist, eingereicht, während er sich selbst sagen mußte, daß nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange die Bewilligung nicht zeitig genug eintreffen konnte, um die Zustellung noch innerhalb der Frist zu bewirken.

In dem Umstande, daß sein Gesuch vom Oberlandesgerichte abgewiesen wurde, und er auf seine dagegen erhobene Beschwerde vom Reichsgerichte erst am 24. Juli die Zulassung zum Armenrechte erhielt, würde nur dann ein unabwendbarer Zufall im

*) Vergl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 4. S. 384, Bd. 12. S. 375.

Sinne des § 211 der Civilprozeßordnung gefunden werden können, wenn er seinerseits sein Gesuch an das Oberlandesgericht rechtzeitig eingereicht hätte, indem nur in diesem Falle die durch die Abweisung seines Gesuchs und die nachfolgende Beschwerde entstandene Verspätung nicht mehr seinem Verschulden, sondern zufälligen, von seinem Verhalten unabhängigen Umständen beigemessen werden müßte.

II. Senat. Sitzung vom 27. November 1886.
Rechtsanwälte: Trimborn — Schilling.

Pflegschaft. — Rechtsmittel gegen die Anordnung einer solchen. — Unzuläſſigkeit der Klage.

Gegen die Anordnung einer Pflegschaft findet nur das Rechtsmittel der Beschwerde nach Maßgabe des § 10 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 statt. Eine Klage auf Aufhebung einer solchen Anordnung ist unzulässig.

P. — St.

Durch Beschluß des Königl. Amtsgerichts zu Elberfeld vom 22. Dezember 1883 wurde für den damals in Amerika sich aufhaltenden Kaufmann P. zu Elberfeld auf den Antrag der Ehefrau desselben ein Pfleger in der Person des Barbiers St. zu Elberfeld bestellt.

Nach seiner Rückkehr erhob P. gegen seine Ehefrau, sowie gegen den ernannten Pfleger St. Klage zum Landgerichte Elberfeld auf Aufhebung des bezogenen Beschlusses mit allen seinen Wirkungen und begründete diese Klage mit der Aufstellung, daß seiner Ehefrau sein Aufenthaltsort in New-York immer bekannt gewesen sei, dieselbe mit ihm auch fortwährend und insbesondere im Dezember 1883 in Correspondenz gestanden habe, sonach die Pflegschaft nicht hätte angeordnet werden dürfen.

Das Landgericht wies durch Urtheil vom 7. April 1886 die Klage ab. P. erhob Berufung. Hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage bezog sich derselbe auf die Analogie der §§ 593 ff. und 604 ff. der Civilprozeßordnung und machte weiterhin geltend, daß die Klage jedenfalls als Feststellungsklage zulässig erscheinen müsse.

Das Oberlandesgericht erachtete indessen die Klage für unzuläßig und verwarf demgemäß die Berufung aus folgenden

Gründen:

Die Berufung ist in gesetzlicher Form und Frist eingelegt, erscheint aber zur Sache nicht begründet.

Die Pflegschaft, deren Aufhebung bezw. Ungültigkeitserklärung im Wege der Klage gegen den Pfleger und die Ehefrau des Klägers als Antragstellerin verlangt wird, ist von dem Amtsgerichte zu Elberfeld als Vormundschaftsgericht auf Grund der Bestimmungen der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 durch Beschluß vom 22. Dezember 1883 angeordnet worden.

Nach § 91 leg. cit. finden auf die Pflegschaft die Vorschriften dieses Gesetzes über die Vormundschaft entsprechende Anwendung, und nach § 10 ibidem findet gegen die Anordnungen des Vormundschaftsgerichts das Rechtsmittel der Beschwerde statt, über welche im diesseitigen Rechtsgebiet das Landgericht entscheidet. Durch die neue Prozeßgesetzgebung, insbesondere das Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetze ist hieran nichts geändert worden.

Da es sich untergebens um eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts auf Grund der Vormundschaftsordnung handelt, so ist das gegen dieselbe gegebene Rechtsmittel lediglich die Beschwerde, und es ist damit die Zuläßigkeit der erhobenen Klage ausgeschlossen.

Von einer analogen Anwendung der Bestimmungen über die Entmündigung würde zudem auch deshalb nicht Rede sein können, weil diese Bestimmungen nur für das in der Civilprozeßordnung vorgesehene Verfahren gegeben sind, die Klage auch in Wirklichkeit gar nicht nach Maßgabe der bezüglichen Vorschriften erhoben worden ist.

Die Feststellungsklage kann begrifflich nicht auf Aufhebung oder Ungültigkeitserklärung einer im vormundschaftlichen Verfahren getroffenen richterlichen Anordnung gerichtet werden.

Die Klage ist daher unzuläßig, und es rechtfertigt sich danach die getroffene Entscheidung.

II. Senat. Sitzung vom 24. Dezember 1886.

Rechtsanwalt: Bessel.

Pfändung einer Forderung. — Oertliche Unzuständigkeit des Vollstreckungsgerichts. — Nichtigkeit. — Vertheilungsverfahren. — Besseres Recht eines anderen Gläubigers. — Geltendmachung im Klagewege nach § 764 Abs. 2 der Civilprozeßordnung.

Die von einem örtlich unzuständigen Amtsgerichte als Vollstreckungsgericht angeordnete Pfändung einer Forderung ist nichtig. Einem anderen Gläubiger, welcher dieselbe Forderung in rechtsgültiger Weise auf Grund eines Beschlusses des zuständigen Amtsgerichts später hat pfänden lassen, steht daher dem Gläubiger gegenüber, welcher die nichtige Pfändung erwirkt hat, ein besseres Recht im Sinne des § 764 Abs. 2 zu, welches derselbe auch nach Ablauf der im Absatze 1 desselben Paragraphen vorgesehenen Frist im Klagewege geltend zu machen berechtigt ist.

Stiel — Tuckermann.

Der Lederfabrikant Philipp Stiel zu Eschweiler ließ als Gläubiger des früher zu Aldenhoven, jetzt zu Aachen wohnenden Schusters Joseph Gruben am 12. Mai 1885 eine diesem gegen dessen Bruder zustehende Forderung auf Grund eines Beschlusses des Königl. Amtsgerichts zu Aldenhoven von demselben Tage pfänden. Dieselbe Forderung wurde auf Grund eines Beschlusses des Königl. Amtsgerichts zu Aachen vom 13. Juni 1885 auf Anstehen des Gerbers Wilhelm Tuckermann zu Aldenhoven unterm 17. Juni 1885 gegen den Gruben gepfändet.

In dem nach Hinterlegung des gepfändeten Betrages von 403 Mark 19 Pfg. eingeleiteten Vertheilungsverfahren wurde nach den Kosten der Stiel angewiesen; mit dieser Anweisung war die Masse absorbirt, so daß Tuckermann, welcher gleichfalls angemeldet hatte, überhaupt nicht angewiesen wurde. Gegen diesen Vertheilungsplan hat Tuckermann Widerspruch erhoben mit der Behauptung, daß der von Stiel erwirkte Pfändungsbeschluß nichtig sei, weil der Schuldner zur Zeit des Erlasses desselben nicht mehr in Aldenhoven, sondern in Aachen wohnhaft gewesen sei. Derselbe unterließ es indessen, gemäß § 764 Abs. 1 der Civilprozeßordnung binnen Monats-

frist Klage zu erheben. Der Theilungsplan wurde demnächst rechtskräftig, und hat Stiel den hinterlegten Betrag nach Abzug der Kosten in Höhe von 396 Mark 46 Pfg. erhoben.

Nunmehr erhob Tuckermann Klage gegen Stiel, mittelst welcher er die Herauszahlung dieser 396 Mark 46 Pfg. verlangte, indem er zur Begründung geltend machte, daß die Pfändung auf Anstehen des Beklagten aus dem angegebenen Grunde nichtig sei, daß Kläger durch seine Pfändung ein Vorzugsrecht im Sinne des § 709 der Civilprozeßordnung erworben habe, ihm daher ein besseres Recht an dem dem Beklagten angewiesenen und ausgezahlten Betrage zustehe, den er daher auf Grund des § 764 Abs. 2 ibidem von diesem in Anspruch zu nehmen berechtigt sei.

Das Landgericht zu Aachen erkannte durch Urtheil vom 15. Mai 1886 dem Klageantrage gemäß.

Hinsichtlich der Frage, ob dem Kläger ein besseres Recht an dem streitigen Betrage zustehe, führt das Landgericht aus: „Beklagter hat unbestritten die Forderung des Joseph Gruben an seinen Bruder beim Amtsgerichte in Aldenhoven pfänden lassen, nachdem Ersterer schon nach Aachen verzogen war, mithin in Aachen seinen allgemeinen Gerichtsstand hatte. Dieselbe Forderung hat Kläger beim Amtsgerichte in Aachen pfänden lassen, als sein Schuldner dort wohnte. Nach § 729 der Civilprozeßordnung erfolgen gerichtliche Handlungen, welche die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte zum Gegenstande haben, durch das Vollstreckungsgericht. Als Vollstreckungsgericht ist das Amtsgericht, bei welchem der Schuldner im Deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, zuständig. Nach § 707 der Civilprozeßordnung sind die in dem Buche über die Zwangsvollstreckung angeordneten Gerichtsstände ausschließliche. Diejenigen Zwangsvollstreckungshandlungen, welche, wie im vorliegenden Falle, von einem nicht zuständigen Amtsgerichte vorgenommen sind, haben keine Wirkung (Wilmowski & Levy § 729 Anm. 5, Seuffert Archiv, Bd. 8 S. 253). Der Kläger aber hat durch seine Pfändung beim zuständigen Gerichte und durch die gesetzmäßige Zustellung dieses Beschlusses in Gemäßheit des § 709 ein Pfandrecht an der gepfändeten Forderung erworben."

(Folgen Ausführungen, daß mit diesem Pfandrechte ein Vorzugsrecht zu Gunsten des Klägers verbunden sei, dessen Recht daher ein besseres sei, als dasjenige, auf Grund dessen der Beklagte mit 396 Mark 46 Pfg. im Vertheilungsverfahren angewiesen worden sei).

In der Berufungsinstanz wurde hinsichtlich der Wirksamkeit der Pfändung vom 12. Mai 1885 seitens des Beklagten und Berufungsklägers insbesondere noch geltend gemacht, daß Entscheidungen und Anordnungen unzuständiger Gerichte nicht nichtig, sondern lediglich wegen Unzuständigkeit durch Rechtsmittel angreifbar seien, daß bei Versäumung der Rechtsmittel der Mangel der Unzuständigkeit geheilt werde, daß das gewiesene Rechtsmittel hier die sofortige Beschwerde (§§ 701, 735 der Civilprozeßordnung) gewesen und Mangels Einlegung desselben die Stiehl'sche Pfändung unanfechtbar geworden sei.

Das Oberlandesgericht verwarf indeß die Berufung aus folgenden

Gründen:

Die Berufung des Beklagten konnte einen Erfolg nicht haben.

Was zunächst die prozessualische Seite der Sache anbetrifft, so bestimmt § 764 Abs. 2 Civilprozeßordnung ausdrücklich, daß die Befugniß des dem Theilungsplane widersprechenden Gläubigers, ein besseres Recht gegen den Gläubiger, welcher einen Geldbetrag nach dem Plane erhalten hat, im Wege der Klage geltend zu machen, durch die Versäumung der im Abs. 1 a. a. O. gesetzten Klageerhebungsfrist und durch die Ausführung des Planes nicht ausgeschlossen werde. Dieses bessere Recht hat Kläger in seiner vorliegenden Klage darauf gestützt, daß er mit seiner den zur Auszahlung gelangten Betrag völlig erschöpfenden Forderung deshalb den Vorzug beanspruchen könne, weil die allein ihm vorgehende Pfändung zu Gunsten des Beklagten wegen unbestrittener Unzuständigkeit des Amtsgerichts Aldenhoven nichtig sei. Daß nun hiermit eben ein „besseres" Recht im Sinne des Gesetzes zur Geltung gebracht worden, ist in zutreffender Begründung vom ersten Richter ausgeführt, wie nicht minder, daß an sich der von dem unzuständigen Gerichte erlassene Pfändungsbeschluß der Gültigkeit entbehre. Und wenn auch der Satz einer weiteren Ausführung nicht be-

dürftig erscheinen kann, daß Kläger, indem er diesen Mangel der vom Beklagten erwirkten, dem Alter nach ihm vorgehenden Pfändung verwerthete, nicht in unzulässiger Weise das Recht eines Dritten, des gemeinschaftlichen Schuldners, geltend gemacht hat, so erübrigt nur noch die Frage, ob in der That, wie Beklagter ferner ausgeführt hat, dem Kläger die Verwerthung des in Rede stehenden Mangels um deswillen verwehrt sei, weil, nachdem der Schuldner von dem ihm zustehenden Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde keinen Gebrauch gemacht habe, der illegal erlassene Pfändungsbeschluß mit Ablauf der Beschwerdefrist objektiv rechtsbeständig und auch für Kläger somit unangreifbar geworden sei. Auch diese Frage war aber zu verneinen.

Das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde findet nach § 701 der Civilprozeßordnung gegen diejenigen Entscheidungen im Zwangsvollstreckungsverfahren statt, welche ohne vorgängige mündliche Verhandlung ergehen „können". Um eine solche Entscheidung handelt es sich hier aber nicht, da nach § 735 Civilprozeßordnung der Schuldner vor der Pfändung über das Pfändungsgesuch nicht gehört werden „soll". Ihm steht hiernach nur der Weg offen, alsbald nach der Pfändung gemäß § 685 der Civilprozeßordnung seine Anträge, Einwendungen und Erinnerungen bei dem Vollstreckungsgerichte vorzubringen, und erst gegen die daraufhin ergehende Entscheidung findet alsdann das Rechtsmittel des § 701 der Civilprozeßordnung statt. Der § 685 cit. setzt aber keine Frist, hat vielmehr nach der Natur der Sache zur stillschweigenden Voraussetzung, daß die Zwangsvollstreckung noch nicht vollständig beendigt, ein Vollstreckungsgericht noch mit solcher befaßt, als solches mithin noch anzugehen war. Innerhalb dieser sich von selbst ergebenden Frist hat aber Kläger und zwar, wie bereits bemerkt, in zulässiger Geltendmachung der Rechte des Schuldners durch seinen Widerspruch gegen den Theilungsplan den Mangel der ihm vorhergehenden Pfändung gerügt und damit eben die Geltendmachung desselben mittelst späterer Klage sich offengehalten (§ 764 Abs. 2 der Civilprozeßordnung).

III. Senat. Sitzung vom 22. Dezember 1886.

Rechtsanwälte: Heiliger — Gorius.

Konkursverwalter. — Rechtsanwalt. — Vergütung für die Auslagen und die Thätigkeit des Rechtsanwalts als Konkursverwalter. — Festsetzung durch das Konkursgericht. — Vereinbarung. — Unzulässigkeit derselben.

Ist ein Rechtsanwalt zum Konkursverwalter ernannt worden, so finden die Bestimmungen der Gebührenordnung für Rechtsanwälte und des Ausführungsgesetzes zu derselben auf die Auslagen und die Vergütung für dessen Thätigkeit als Konkursverwalter keine Anwendung.

Die Festsetzung dieser Auslagen und dieser Vergütung hat nach dem § 77 der Konkursordnung ausschließlich durch das Konkursgericht zu erfolgen, und ist eine von dieser Festsetzung abweichende Vereinbarung zwischen dem Konkursverwalter und dem Gemeinschuldner auch dann, wenn sie nach der Beendigung des Konkurses erfolgt, unzulässig und jedes prozessuale Verfahren darüber ausgeschlossen.

Eichel — C.

Der Rechtsanwalt C. war Verwalter des über das Vermögen des Kaufmannes Eichel im März 1882 eröffneten Konkurses. Dieser Konkurs wurde durch Zwangsvergleich im Mai 1882 beendigt, und wurden die Auslagen und die Vergütung des C. für seine Geschäftsführung von dem Konkursgerichte auf 592 Mark 20 Pfg. festgesetzt. Da der C. unter der Behauptung, daß er mit dem Eichel im Juni 1882, also nach der Beendigung des Konkurses, eine Entschädigung für seine Thätigkeit als Konkursverwalter im Betrage von 1998 Mark 20 Pfg. vereinbart habe, den nach Befriedigung der Konkursgläubiger verbliebenen Restbetrag der Konkursmasse zurückbehielt, so erhob Eichel beim Königl. Landgerichte zu Coblenz Klage gegen denselben auf Zahlung von 1840 Mark 98 Pfg., indem er in seiner aufgestellten Rechnung von einem Betrage von 3092 Mark 24 Pfg., welchen der Beklagte als Rest seiner Einnahmen schuldete, noch 493 Mark 56 Pfg. für Gebühren in Prozeßsachen, 165 Mark 50 Pfg. für Auszahlung der Accordraten und die von dem Konkursgerichte auf 592 Mark

20 Pfg. festgesetzte Entschädigung für die Geschäftsführung des C. als Konkursverwalter in Abzug brachte. Der Beklagte trug auf Abweisung der Klage an, wobei er eine Rechnung vorlegte, worin er von dem Reste seiner Einnahme im Betrage von 3092 Mark 24 Pfg. außer mehreren anderen Posten auch die angeblich mit dem Kläger vereinbarte Entschädigung für seine Thätigkeit als Konkursverwalter mit 1998 Mark 20 Pfg. statt des vom Konkursgerichte festgesetzten Betrages von 592 Mark 20 Pfg. in Abzug gebracht hatte, und wonach ihm noch ein Guthaben von 484 Mark 44 Pfg. zustehen würde.

Nachdem das Königl. Landgericht über die vom Beklagten behauptete Vereinbarung Beweis erhoben hatte, gab dasselbe, indem es zugleich über andere Posten der Rechnung des Beklagten entschied, durch Urtheil vom 26. Mai 1886 dem Beklagten den richterlichen Eid über die behauptete Vereinbarung auf.

Gegen dieses Urtheil legte der Kläger in soweit Berufung ein, als dasselbe das vom Beklagten für seine Thätigkeit als Konkursverwalter beanspruchte Honorar betrifft, und wurde die Berufung vom Oberlandesgerichte für begründet erachtet und der Beklagte unter Abänderung des angefochtenen Urtheiles schon zur Zahlung von 1455 Mark 56 Pfg. nebst Zinsen verurtheilt aus folgenden

Gründen:

Berufung ist nur eingelegt wegen des dem Beklagten zugebilligten Honorars, welches der Kläger sowohl durch die Bestimmungen der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, als durch den § 77 der Konkursordnung in dem geforderten Vertragsbetrage für ausgeschlossen erachtet.

Dem Beklagten ist nun unbedenklich darin beizutreten, daß die Gebührenordnung vom 7. Juli 1879 und das Ausführungsgesetz vom 2. Februar 1880 auf die in Frage stehende Vergütung der Thätigkeit des Konkursverwalters keine Anwendung finden. Beide Gesetze enthalten, wie sie in ihren Eingangsparagraphen ausdrücklich erkennen lassen, nur Bestimmungen über Vergütung für die Berufsthätigkeit des Rechtsanwalts und unterscheiden nur Angelegenheiten, auf welche die Deutschen Prozeßordnungen, d. h. die Civil- und Strafprozeßordnung, wie die Konkursordnung Anwendung finden, und solche, auf welche diese Prozeßordnungen nicht Anwendung finden. Da die Gebührenordnung die zu vergütende Berufsthätigkeit des Anwalts im

Einzelnen feststellt und als solche die Geschäfte des Konkursverwalters nicht aufführt, so kann auch in dem Ausführungsgesetze an letztere nicht gedacht sein, da auf die dort bezeichneten Angelegenheiten die §§ 2—7, 10—12, 41, 47, 76—90, 93 und 94 der Gebührenordnung entsprechende Anwendung finden sollen und diese eine Gebühr für den Konkursverwalter nicht ergeben.

Dieser Auffassung setzt der Kläger den § 89 der Gebührenordnung entgegen, welcher bestimmt: „Ist für das dem Rechtsanwalt übertragene Geschäft der Betrag der Gebühr in diesem Gesetze nicht bestimmt, so erhält er eine unter entsprechender Anwendung der Bestimmungen dieses Gesetzes zu bemessende Gebühr." Dieser Paragraph bezieht sich indessen nur auf Geschäfte, welche in dem Rahmen des § 1 dieses Gesetzes liegen.

Der Entwurf hatte für Geschäfte dieser Art eine Vergütung von 3 Mark pro Stunde vorgeschlagen, welche für die vielseitige und nach Stunden überhaupt nicht zu schätzende Thätigkeit des Konkursverwalters schlechterdings nicht zu bemessen sein würde; auch läßt die von der Reichstagskommission vorgenommene Aufstellung der unter den § 89 fallenden Geschäfte erkennen, daß man nur in den Grenzen des § 1 liegende Berufsgeschäfte des Rechtsanwalts im Auge gehabt hat (Meyer und Walter in ihren Kommentaren zu der Gebührenordnung für Rechtsanwälte zu § 89 und Vorbemerkungen des Letzteren zu dem dritten Abschnitt). Die Uebernahme der Stellung eines Konkursverwalters durch einen Rechtsanwalt macht seine bezüglichen Geschäfte aber auch keineswegs ohne Weiteres und durchweg zu einem Gegenstande seiner Berufsthätigkeit. Die Verwaltung der Konkursmasse kann unter Umständen, wie in der Begründung des Entwurfs zur Konkursordnung anerkannt ist, spezifisch kaufmännische oder technische Kenntnisse erfordern, welche es angezeigt erscheinen lassen, von der Wahl eines Rechtsanwalts überhaupt abzusehen. (Motive S. 304).

Es bleibt daher nur zu erörtern, ob der § 77 der Konkursordnung die Berufung zu begründen geeignet ist. Das Landgericht geht davon aus, daß derselbe maßgebend sei nur für das Konkursverfahren, und daß nach Aufhebung des Konkurses einer von der richterlichen Festsetzung abweichenden Vereinbarung des Verwalters und Gemeinschuldners nichts entgegenstehe. Das Landgericht führt insbesondere aus, daß der Gemein-

schuldner Eigenthümer der Konkursmasse geblieben sei, daß er nach Beendigung des Konkurses seine freie Verfügung über sein Vermögen zurückerhalten habe, und daß in dem Umstande, daß der Verwalter unbeschadet der Interessen der Gläubiger auch Vertreter des Gemeinschuldners sei, ein genügender Rechtsgrund für die Zusicherung eines Honorars gegeben sei. Mit dieser Ausführung hat der erste Richter die Bedeutung des § 77 verkannt.

Ob die streitige Vereinbarung während des Konkurses oder nach Beendigung desselben stattgehabt hat, ist, wie unten dargethan werden soll, ohne Belang; die zu beantwortende Frage ist lediglich: Hat der Konkursverwalter nach § 77 der Konkursordnung dem Gemeinschuldner gegenüber Vertragsfreiheit? In dieser Beziehung ist zunächst zu beachten, daß die Fassung des Paragraphen keinen Zweifel läßt, daß der Anspruch des Verwalters auf angemessene Entschädigung beschränkt ist; selbst thatsächlich gehabte baare Auslagen sind nicht ohne Arbitrirung des Gerichts erstattungsfähig. Es ist ferner zu berücksichtigen der Gegensatz zu § 83 der Konkursordnung, welcher für die gleichen Entschädigungsansprüche der Mitglieder des Gläubigerausschusses eine Einigung mit der Gläubigerversammlung zuläßt. Dieser Gegensatz ist ein wohlbegründeter und gewollter, da Verwalter und Ausschuß der Gläubiger keineswegs auf derselben Linie stehen, Letzterer Mandatar der Gläubigerschaft, Jener dagegen vom Richter ernannt ist. Aber selbst dieses dem Ausschuß im Gegensatze zu dem Verwalter eingeräumte Recht der Einigung ist gemäß § 91 der Konkursordnung von der Sanktion des Gerichts abhängig. Wenn der Beklagte aufstellt, daß die richterliche Festsetzung seiner Vergütung nur zu erfolgen habe, wenn nicht in anderer rechtsgültiger Weise die Festsetzung bereits erfolgt sei, so verkennt er den hervorgehobenen Gegensatz der beiden gesetzlichen Bestimmungen und damit überhaupt den Charakter seiner Stellung als Verwalter, wie sie das Gesetz intendirt hat. Der Verwalter hat die Ausübung des gesammten Verfügungsrechts des Gemeinschuldners in Ansehung der Konkursmasse auf Grund seiner Ernennung durch das Gericht; er ist Organ des Gerichts und wird für seine insofern amtliche Thätigkeit durch das Gericht honorirt. Dieser amtlichen Stellung, sagen die Motive S. 307, entspricht es, daß die Festsetzung der Vergütung nicht nur subsidiär in Ermangelung einer ander-

weiten, sondern ausschließlich durch das Konkursgericht erfolgt. Wenn die Motive ferner bemerken, daß ein Paktiren des Verwalters mit dem Gläubigerausschusse leicht die unabhängige Stellung des Ersteren beeinträchtigen könnte, so wird sich ebensowenig bezweifeln lassen, daß ein durch den Gemeinschuldner honorirter Verwalter nicht mehr der unbefangene Vertreter der beiderseitigen Interessen ist, der er nach dem Gesetze sein soll. Das Konkursgericht, welches mit der ganzen Sachlage vertraut ist, den Verwalter auswählt und beaufsichtigt, hat deshalb, abweichend von der Preußischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855, die ausschließliche Entscheidung über die Höhe des Honorars übertragen erhalten; jedes prozessuale Verfahren ist ausgeschlossen worden, nur die sofortige Beschwerde (§ 66 der Konkursordnung) gibt das Gesetz. Auch dies vereinigt sich nicht mit einem Vertrage. Zweifel über Existenz und Inhalt sind nur im Prozeßwege auszutragen. Was haben endlich staatliche Taxen und Festsetzungen überhaupt für einen Zweck, als die freie Vereinbarung zu begrenzen beziehungsweise auszuschließen? Die Zulässigkeit des Vertrages ist ihnen gegenüber daher stets gesetzlich zu fixiren, wie dies auch geschehen ist für Rechtsanwälte in dem Bereiche der Gebührenordnung und für Aerzte (Gewerbeordnung §§ 76 ff.).

Wenn das Landgericht seine entgegengesetzte Entscheidung darauf gründet, daß der § 77 nur für das Konkursverfahren maßgebend sei, und daß der Gemeinschuldner nach Beendigung dieses Verfahrens auf Grund seiner wiedererlangten Verfügungsfähigkeit dem Verwalter nachträglich für die auch in seinem Interesse geleisteten Dienste eine Entschädigung neben der ihm richterlich zugebilligten Gebühr gewähren könne, so übersieht es, daß der Verwalter mit dieser letzteren für seine gesammte während der Dauer des Konkurses geübte Thätigkeit und gehabten Auslagen definitiv abgegolten ist (vergl. von Völderndorff II, 76), daß mithin für eine weitere vertragliche Entschädigung jeder Rechtsgrund fehlt, ganz abgesehen davon, daß es dem Verwalter an der erforderlichen Vertragsfreiheit gebricht.

Für den vorliegenden Fall, in welchem der Konkurs durch Zwangsvergleich beendigt ist, kommt hinzu, daß es für die Gläubiger keineswegs gleichgültig ist, in welchem Umfange die Konkursmasse nach Abschluß des Vergleichs in den Besitz und die Verfügung des Gemeinschuldners gelangt.

Die von dem Beklagten geltend gemachte Vereinbarung war hiernach unzuläſſig, und bedurfte es deren Feststellung durch den richterlichen Eid nicht. Die Berufung ist begründet und demgemäß von der Rechnung des Beklagten der Betrag abzusetzen, um welchen die Vertragssumme den festgesetzten Betrag von 592 Mark 20 Pfg. übersteigt.

IV. Senat. Sitzung vom 18. Dezember 1886.

Rechtsanwälte: Rieth — Jonen I.

Gütertrennung. — Verbot der Vollziehung des Gütertrennungsurtheiles vor den erfolgten Publikationen. — Aufhebung dieses Verbotes.

Die Bestimmung des Art. 1445 des B. G.-B. und des Art. 872 des Code de procédure, daß mit der Vollziehung des Gütertrennungsurtheiles vor den erfolgten Publikationen dieses Urtheiles nicht begonnen werden dürfe, ist durch den § 11 des Ausführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung, worin das Gütertrennungsverfahren neu geregelt worden und jenes Verbot nicht wiederholt wird, aufgehoben.

Braß — Thurn.

Der verstorbene Badewirth Valentin Braß, früher zu Kreuznach wohnend, später ohne bekannten Wohn- und Aufenthaltsort, schuldete den Eheleuten Thurn zu Mönchhof den Betrag eines Darlehens von 12000 Mark, für welchen die am 18. August 1862 genommene Inscription nicht rechtzeitig erneuert worden ist. Die Ehefrau Braß, Charlotte geborene Heiß zu Kreuznach, erwirkte am 30. Dezember 1884 gegen ihren Ehemann, mit welchem sie laut Ehevertrag vom 4. Mai 1863 in Errungenschaftsgemeinschaft lebte, ein Gütertrennungs-Versäumnißurtheil, welches ihr selbst am 7. Januar 1885 und ihrem Ehemanne am 8. des nämlichen Monats von Amtswegen zugestellt und im Auszuge am 24. Januar 1885 an die Gerichtstafel geheftet, am 27. desselben Monats in den Staatsanzeiger und am 29. Januar und 5. Februar 1885 in den

öffentlichen Anzeiger zum Amtsblatte der Königl. Regierung zu Coblenz eingerückt wurde. Bereits am 9. Januar 1885 hatte die Ehefrau Braß an den mit den Theilungsverhandlungen beauftragten Notar Sturm zu Kreuznach ein Gesuch um Anberaumung eines Termines zum Zwecke dieser Verhandlungen eingereicht, und hatte der genannte Notar auch mittelst Ordonnanz vom 13. Januar 1885 einen Termin, zu welchem der Ehemann Braß am 17. desselben Monats geladen war, auf den 23. Januar 1885 anberaumt. Am letztgenannten Tage erkannte der Ehemann Braß in der vom Notar aufgenommenen Verhandlung an, seiner Ehefrau, welche auf die Gütergemeinschaft verzichtet hatte, wegen ihrer Reprisenforderungen und zwar für ihr Einbringen in die Ehe, für eingezogene Preise der am 4. März 1872 versteigerten ererbten Grundstücke und für ererbtes Baarvermögen 28534 Mark 11 Pfg. zu verschulden, und unterwarf sich in dem notariellen Akte vom 4. Februar 1885 bezüglich dieser Summe der sofortigen Zwangsvollstreckung. Am 14. Februar 1885 ließ sodann die Ehefrau Braß, welche für ihre angegebene Reprisenforderung am 13. desselben Monats Inscription genommen, ihren Ehemann zur Zahlung auffordern und leitete am 2. April 1885 gegen denselben das Subhastationsverfahren ein.

Auf die von den Eheleuten Thurn gegen die Eheleute Braß erhobene Klage erklärte das Königl. Landgericht zu Coblenz durch Urtheil vom 24. Februar 1886 die Vollziehung des Gütertrennungsurtheiles vom 30. Dezember 1884, insbesondere die vor Notar Sturm erfolgte Feststellung der Reprisenforderungen der beklagten Ehefrau Braß und das von dieser gegen ihren Ehemann eingeleitete Subhastationsverfahren für nichtig, indem es annahm, daß durch den § 11 des Preußischen Ausführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung die Bestimmung über die Veröffentlichung des Gütertrennungsurtheiles vor dem Beginne der Vollstreckung desselben (Art. 1445 B. G.-B. und Art. 872 Code de procédure) nur insofern abgeändert sei, als diese Veröffentlichung von Amtswegen nach der Rechtskraft des Urtheiles stattzufinden und durch Anheftung an die Gerichtstafel, sowie durch Einrückung in die öffentlichen Blätter zu erfolgen habe, daß aber dafür, daß damit das Verbot, die Vollziehung des Urtheiles vor erfolgter Veröffentlichung zu beginnen, habe aufgehoben werden sollen, sich keine Andeutung

in dem § 11 cit. finde, und daß deshalb von jener Verbotsbestimmung nicht habe abgesehen werden können.

Gegen dieses Urtheil legte die Beklagte Ehefrau Braß Berufung ein mit dem Antrage, unter Aufhebung des angefochtenen Urtheiles die Klage abzuweisen.

Für die Kläger wurde auf Zurückweisung der Berufung angetragen und das Auseinandersetzungsverfahren zwischen den Eheleuten Braß auch aus dem schon in der ersten Instanz geltend gemachten Grunde als nichtig angegriffen, weil die Ehefrau Braß die Zwangsvollstreckung nicht innerhalb 14 Tagen nach eingetretener Rechtskraft des Gütertrennungsurtheiles eingeleitet und ununterbrochen durchgeführt habe.

Das Oberlandesgericht wies unter Aufhebung des angefochtenen Urtheiles die von den Berufungsbeklagten erhobene Klage ab aus folgenden

Gründen:

Das Auseinandersetzungsverfahren zwischen den Eheleuten Braß auf Grund des Gütertrennungsurtheiles vom 30. Dezember 1884 wird von den Klägern aus zwei formellen Gründen angegriffen und als nichtig darzustellen gesucht und zwar 1) weil die Frau den Urtheilsvollzug, entgegen den Bestimmungen des Rheinischen Rechts, vor den vorgeschriebenen Publikationen des Gütertrennungsurtheiles begonnen habe, 2) weil die Ehefrau Braß die Zwangsvollstreckung nicht innerhalb 14 Tagen nach eingetretener Rechtskraft des Urtheiles eingeleitet und ununterbrochen durchgeführt habe. Die Kläger haben als Hypothekargläubiger des Ehemannes Braß ein rechtliches Interesse, das Gütertrennungsverfahren anzugreifen, weil die Ehefrau für die ihr in demselben vom Manne vor Notar anerkannten Reprisenforderungen Hypothekarinscription genommen hat, und weil, wie es im unangefochtenen Thatbestande des ersten Urtheiles heißt, die Kläger, falls die Einschreibung der Frau Braß zu Recht besteht, Befriedigung ihrer Forderung nicht erwarten können.

Die von der Beklagten hervorgehobene praktische Schwierigkeit, das rechtskräftige Urtheil innerhalb 14 Tagen, jedoch nicht vor den Publikationen, welche nach § 11 des Preußischen Ausführungsgesetzes zur Deutschen Civilprozeßordnung vom 24. März 1879 erst nach eingetretener Rechtskraft und zwar nicht auf Betrieb der Parteien, sondern von Amtswegen er-

folgen sollen, in Vollzug zu setzen, könnte dem bestehenden Gesetze nicht entgegen gestellt werden; diese Schwierigkeit ist aber nicht vorhanden, weil, wie unten gezeigt werden wird, die Vorschriften des Rheinischen Rechts über das Gütertrennungsverfahren zwischen Eheleuten abgeändert worden sind.

Der § 15 Nr. 5 des Einführungsgesetzes zur Deutschen Civilprozeßordnung bestimmt allerdings, daß die Vorschriften des französischen Rechts über das Verfahren bei Vermögensabsonderungen unter Eheleuten unberührt bleiben sollen, jedoch konnte dadurch nicht das Recht der Landesgesetzgebung, das bestehende Landesgesetz abzuändern, betroffen werden. Jedenfalls ist das Preußische Ausführungsgesetz in einer den Richter bindenden Weise publizirt.

Aus den Eingangsworten, der Fassung des § 11 und aus den Motiven zu diesem Gesetze (vergl. Struckmann und Koch Preußische Ausführungsgesetze Seite 249) geht hervor, daß es die Absicht des Gesetzgebers war, das Gütertrennungsverfahren im Bezirke des Appellationsgerichtshofes zu Köln in möglichstem Anschluß an die Vorschriften der Deutschen Civilprozeßordnung neu zu regeln. Im § 11 des Gesetzes werden nach Ausweis der Motive die früheren Bestimmungen der Art. 865 bis 874 Code de procédure so zu sagen hinter einander durchgesehen und bei jedem Artikel die nöthigen Modifikationen angegeben; in anderen Fällen wird hervorgehoben, welche Vorschriften des Rheinischen Verfahrens unberührt bestehen bleiben sollen. Damit wird zu erkennen gegeben, daß diejenigen früheren Vorschriften, worüber das neue Gesetz ganz schweigt, dem neuen gesetzlichen Zustande weichen sollen (vergl. auch Scherer, das Rhein. Recht Seite 35 und Urtheil des Oberlandesgerichts zu Köln, 1. Senat, vom 12. Juli 1880, abgedruckt im Rhein. Archive Bd. 71 Abth. II. S. 39, einen analogen Fall betreffend).

Wenn das Ausführungsgesetz die Bestimmung des Art. 872 Code de procédure, daß die Ehefrau mit der Vollstreckung vor vollendeten Publikationen nicht beginnen dürfe, weiter hätte aufrecht erhalten wollen, so wäre Anlaß gewesen, dies bei Gelegenheit der Bestimmungen über die öffentliche Bekanntmachung des Gütertrennungsurtheiles zu sagen, um so mehr, als die Art und Weise der im Ausführungsgesetze bestimmten Veröffentlichung von der im Art. 872 cit. bestimmten wesentlich abweicht. Art. 872 schreibt Anheftung an verschiedenen Gerichts-

stellen und ähnlichen Stellen vor, während nach § 11 das Hauptgewicht auf die Veröffentlichung in den Blättern gelegt ist. Die im Ausführungsgesetze § 11 vorgeschriebene Veröffentlichung des Gütertrennungsurtheiles soll, wie der Schlußsatz des Paragraphen erkennen läßt, Bedeutung haben für die Frist der Gläubiger, das Urtheil im Wege der Klage anzufechten, welche Frist auf ein Jahr nach der letzten Einrückung des Urtheiles in die öffentlichen Blätter festgesetzt ist. An die Vollstreckung des Gütertrennungsurtheiles durch die Frau hat der Gesetzgeber nach Ausweis des siebenten Satzes im § 11 auch gedacht, den Art. 1444 B. G.-B. aufrecht erhalten und bestimmt, daß die Frist von nun an mit der Rechtskraft des Urtheiles laufen solle, jedoch wird das Verbot, vor den öffentlichen Bekanntmachungen mit der Vollstreckung zu beginnen, nicht wiederholt.

Die Annahme des ersten Richters, daß die Vollziehung des Gütertrennungsurtheiles nichtig sei, weil die Ehefrau vor Vollendung der Publikationen mit der Vollziehung begonnen habe, ist daher zu verwerfen, und kommt es nur auf die zweite Frage an, ob die Vorschrift des Art. 1444 des B. G.-B., befolgt worden ist. Diese Frage ist, ohne daß es noch auf Beweise ankommen könnte, zu bejahen.

Das nach Ausweis des Thatbestandes des ersten Urtheiles dem Ehemanne Braß am 8. Januar 1885 zugestellte Gütertrennungs-Versäumnißurtheil wurde mit Ablauf des 22. Januar 1885 rechtskräftig. Die Ehefrau Braß ist nun, wie der Thatbestand des ersten Urtheiles weiter nachweist, bereits am 23. Januar 1885 dazu übergegangen, in einem früher erwirkten notariellen Termine, wozu sie ihren Mann hatte laden lassen, von diesem die Anerkennung ihrer Reprisenansprüche nach Verzichtleistung ihrerseits auf die Gütergemeinschaft zu erwirken; sie hat ferner unter'm 4. Februar 1885 den Mann veranlaßt, sich wegen dieser Reprisenforderungen der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, sodann am 13. Februar 1885 Hypothekarinscription für sich genommen, am 14. desselben Monats Zahlungsaufforderung an den Mann zustellen lassen und am 2. April 1885 das Subhastationsverfahren eingeleitet, welches schließlich durch das Eingreifen der heutigen Kläger in seinem Fortgange gestört worden ist. In diesem ganzen Verfahren kann nur ein dem Art. 1444 B. G.-B. entsprechendes

Verhalten erblickt werden. Aus den im Thatbestande des ersten Urtheiles benannten Akten geht die Einhaltung der vierzehntägigen Frist nach Rechtskraft des Urtheiles vor Anfang der Vollstreckung, sowie die ununterbrochene Fortführung derselben und die Ernstlichkeit des Willens hinreichend hervor, die Gütertrennung durchzuführen, welche Ernstlichkeit das Gesetz im Gegensatz zu Simulationen verlangt. Es ginge zu weit, von der Frau zu verlangen, daß sie sich zugleich auch noch an einer im Resultate für sie ungewissen bereits anderweit eingeleiteten Mobilarexekution hätte betheiligen oder acte de carence bezüglich des Mobilars hätte aufnehmen lassen müssen, und fehlt demgemäß dem von den Berufungsbeklagten subsidiarisch erbotenen Zeugenbeweise die Erheblichkeit.

Hiernach ist das von der Ehefrau Braß eingeschlagene Verfahren zu Recht beständig, und war, wie geschehen, zu erkennen.

IV. Senat. Sitzung vom 31. Dezember 1886.

Rechtsanwälte: Schilling — Gorius.

Schiedsvertrag. — Mündlicher Abschluß. — Pactum de compromittendo. — Wegfall eines Schiedsrichters.

Die Bestimmung des § 859 Nr. 1 der Civilprozeßordnung, wonach ein Schiedsvertrag außer Kraft tritt, wenn bestimmte Personen zu Schiedsrichtern ernannt sind und einer derselben stirbt oder aus einem anderen Grunde fortfällt oder das Schiedsrichteramt ablehnt, findet auch Anwendung auf ein pactum de compromittendo.

Die Vorschrift des Art. 1005 des Code de procéd. civ. über die schriftliche Form des Schiedsvertrages ist durch den § 14 Nr. 2 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung in Wegfall gekommen.

Zentiß — Zentiß.

In einem beim Königl. Landgerichte zu Aachen über den Nachlaß der zu Thiergarten verlebten Eheleute Franz Zentiß und Maria Gertrud geb. Heep eingeleiteten Theilungsverfahren

war der Klage die Einrede entgegengesetzt worden, daß zwischen den Parteien eine Uebereinkunft stattgefunden habe, wonach die den Gegenstand der Klage bildende Theilungssache durch ein Schiedsgericht, bestehend aus fünf gleichfalls vereinbarten und bezeichneten Schiedsrichtern, erledigt werden solle. Das Landgericht verordnete durch Urtheil vom 10. Juni 1885 die beantragte Theilung, indem es auf Grund thatsächlicher Beurtheilung annahm, daß weder ein bindender Schiedsvertrag, noch ein rechtswirksames pactum de compromittendo zu Stande gekommen sei.

In der Berufungsinstanz gaben die Parteien, nachdem über das Zustandekommen der behaupteten Uebereinkunft eine Beweisaufnahme angeordnet worden war und stattgefunden hatte, die übereinstimmende Erklärung ab, daß eine der als Schiedsrichter bezeichneten Personen die Uebernahme dieses Amtes abgelehnt habe.

Das Oberlandesgericht verwarf darauf die Berufung aus folgenden

Gründen:

Nachdem nunmehr feststeht, daß einer der ernannten Schiedsrichter die Annahme des Amtes verweigert hat, mußte geschehenermaßen die Berufung verworfen werden. Angenommen nämlich auch, es sei nach dem Ergebniß der stattgehabten Beweisaufnahme für bewiesen zu erachten, daß eine bindende Vereinbarung unter den Theilungsinteressenten dahin, daß durch Schiedsrichter die Auseinandersetzung betreffs des elterlichen Nachlasses zu erfolgen habe, zu Stande gekommen sei, so wäre nicht nur dann, wenn ein Schiedsvertrag anzunehmen wäre — welchem der blos mündliche Abschluß, da in der Bestimmung des Art. 1005 Code de procéd. civ. lediglich eine mit dem § 14 Nr. 2 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung in Wegfall gekommene Beweisvorschrift zu finden ist, nicht entgegen stehen würde — nach Maßgabe des § 859 Nr. 1 der Civilprozeßordnung dieser durch den Wegfall eines der ernannten Schiedsrichter außer Kraft gesetzt worden, sondern das Gleiche muß auch gelten, wenn lediglich ein pactum de compromittendo als gegeben und bewiesen zu erachten wäre. Das getroffene Abkommen ist nämlich vom Berufungskläger selbst dahin behauptet, daß nach Inhalt desselben fünf

namentlich aufgeführte Personen, zu denen eben auch die jetzt in Wegfall gekommene gehört, als Schiedsrichter von den Betheiligten vereinbart seien. Dieser Theil des Abkommens müßte daher derart als wesentlicher Bestandtheil desselben erachtet werden, daß mit ihm dasselbe steht und fällt, weil gleichermaßen, wie beim endgültigen Schiedsvertrage, die Annahme geboten sein würde, daß die Kompromittenten des Willens gewesen seien, nur durch die übereingekommenen Schiedsrichter solle der Schiedsspruch abgegeben werden (vgl. Motive zum § 859 der Civilprozeßordnung).

III. Senat. Urtheil vom 5. Januar 1887.

Rechtsanwälte: Gorius — Cardauns.

Einstweilige Verfügung. — Klage auf Rechtmäßigkeitserklärung. — Zustellung an die Partei.

Die Klage auf Rechtmäßigkeitserklärung einer vom Amtsgerichte erlassenen einstweiligen Verfügung ist der Gegenpartei in Person zuzustellen, auch wenn dieselbe bei der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgerichte über den Erlaß der Verfügung durch einen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten war.

A. — Ehefrau A.

Die Ehefrau A. hat am 13. Februar 1886 gegen den Willen ihres Mannes eine Reihe von Mobilargegenständen aus der ehelichen Wohnung weggeschafft. A. erwirkte am 25. Februar 1886 eine einstweilige Verfügung des Amtsgerichts zu Köln, durch welche den Besitzern der Sachen aufgegeben wurde, dieselben diesem herauszugeben. Bei der Verhandlung über den Erlaß dieser Verfügung war die Ehefrau A. durch Rechtsanwalt Emundts vertreten. A. erhob hierauf Klage zum Landgerichte Köln auf Rechtmäßigkeitserklärung dieser Verfügung, welche der Ehefrau A. in Person zugestellt wurde.

Das Landgericht wies die Klage durch Urtheil vom 15. Mai 1886 aus dem Grunde ab, weil dieselbe in Gemäßheit der Bestimmungen der §§ 162 und 163 der Civilprozeßord-

nung dem Rechtsanwalte Emundts als Prozeßbevollmächtigten hätte zugestellt werden müssen.

Auf erhobene Berufung hob das Oberlandesgericht dieses Urtheil auf und wies die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz zurück aus folgenden

Gründen:

Wenn der erste Richter die geschehene Abweisung der Klage in der Weise motivirt hat, daß er den Antrag des Klägers als unzulässig bezeichnet, weil er entgegen der Vorschrift des § 162 der Civilprozeßordnung nicht dem Prozeßbevollmächtigten, sondern der Partei selbst zugestellt worden sei, und dabei bemerkt, laut Protokoll des hiesigen Kgl. Amtsgerichts vom 22. Februar 1886 sei bei der mündlichen Verhandlung über den Erlaß der einstweiligen Verfügung für die Beklagte der Rechtsanwalt Emundts aufgetreten und hätte mithin der Antrag resp. die Ladung diesem zugestellt werden müssen, so geht der erste Richter von der Voraussetzung aus, daß es sich um die Zustellung in einem anhängigen Rechtsstreite handelte, denn nur von solchen Zustellungen ist in dem § 162 der Civilprozeßordnung die Rede. Diese Voraussetzung trifft jedoch untergebens nicht zu. Denn das Justifikationsverfahren, welches vor dem Gerichte der Hauptsache stattfindet, stellt sich als ein selbständiges Verfahren über die von dem Amtsgerichte getroffene einstweilige Verfügung dar, und wird der Rechtsstreit erst anhängig durch die Zustellung der Ladung zur Verhandlung über die Justifikation.

Die Motivirung des ersten Richters ist daher schon aus diesem Grunde nicht richtig. Ueberdies fehlte es aber im vorliegenden Falle zur Zeit der Zustellung auch an einem für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten der Beklagten resp. Berufungsbeklagten. Die von der Letzteren am 22. Februar 1886 den Rechtsanwälten Schnitzler und Emundts ertheilte Prozeßvollmacht (fol. 6 der amtsgerichtlichen Akten) lautet auf den bei dem Königl. Amtsgerichte zu Köln angestellten Prozeß wegen Herausgabe von Mobilien, und läßt sich weder aus dieser Vollmacht, noch, wie der erste Richter folgert, aus dem Umstande, daß der Rechtsanwalt Emundts in der öffentlichen Sitzung des Kgl. Amtsgerichts vom 22. Februar 1886 für die Berufungsbeklagte aufgetreten ist, schließen, daß Letztere

die beiden genannten Rechtsanwälte oder den Rechtsanwalt Emundts allein als Vertreter für den bei dem Kgl. Landgerichte anhängig zu machenden resp. schwebenden Hauptprozeß gewählt hat. Es läßt sich demnach die Unwirksamkeit der an die Partei selbst geschehenen Zustellung weder aus § 162 der Civilprozeßordnung, noch aus § 78 desselben Gesetzes, in welchem eine für den Hauptprozeß gegebene Vollmacht vorausgesetzt ist, ableiten.

Da aber das angefochtene Urtheil, ohne über die weiteren Einwendungen der Berufungsbeklagten und zur Sache selbst zu erkennen, die Klage nur auf Grund der Einrede der unrichtigen Ladung abgewiesen hat, so greift untergebens die Bestimmung des § 500 Nr. 2 der Civilprozeßordnung Platz, und war die Sache daher, wie geschehen, zur weiteren Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz zurückzuverweisen.

I. Senat. Sitzung vom 26. Januar 1887.

Rechtsanwälte: Krafft — Adeneuer.

Arrestbefehl. — Pfändung einer Forderung. — Zustellung an den Schuldner.

Die Bestimmung des § 671 der Civilprozeßordnung, wonach die Zwangsvollstreckung erst nach der Zustellung der vollstreckbaren Urkunde an den Schuldner erfolgen darf, findet auch auf Arrestbefehle Anwendung. Die Pfändung einer Forderung, welche auf Grund eines Arrestbefehls durch Zustellung an den Drittschuldner **vor** der Zustellung an den Schuldner erfolgt, ist daher rechtsunwirksam.

Kimmel — Dünchem und Gen.

In einem bei dem Kgl. Amtsgerichte zu Bonn gegen die Eheleute Jakob Dünchem und Margaretha geb. Kimmel daselbst eingeleiteten Vertheilungsverfahren war der Postsekretär Jakob Kimmel zu Metz auf Grund eines Arrestbefehls des Kgl. Amtsgerichts zu Coblenz vom 24. Januar 1884 für eine Hauptsumme von 708 Mark 71 Pfg. nebst Accessorien in dem vorläufigen Vertheilungsplan angewiesen worden. Dieser Arrestbefehl war dem Drittschuldner, dem zu Weißenthurm wohnen-

den Gemeindevorsteher Anton Schneider, am 31. Januar 1884, dagegen den Schuldnern Eheleuten Dünchem erst am 5. Februar 1884 zugestellt worden.

In dem über diesen Vertheilungsplan seitens des Kimmel erhobenen Rechtsstreite erklärte das Landgericht zu Bonn durch Urtheil vom 22. Dezember 1885 den Widerspruch gegen die Anweisung des Kimmel für begründet und hob dieselbe auf, indem es annahm, daß der Arrest Mangels eines Arrestgrundes ungültig sei.

In der Berufungsinstanz wurde der durch die Zustellung des Arrestbefehls bewirkten Pfändung der vom Landgericht nicht entschiedene Einwand wiederholt entgegengesetzt, daß dieselbe um deswillen ungültig sei, weil die Zustellung des Arrestbefehls an die Schuldner entgegen der Vorschrift des § 671 der Civilprozeßordnung erst nach der Zustellung an den Drittschuldner erfolgt sei.

Das Oberlandesgericht schloß sich dem an und verwarf die Berufung aus folgenden

Gründen:

Die Arrestpfändung, auf Grund welcher die von den Beklagten angefochtene Anweisung des Klägers in dem angegriffenen Theilungsplane erfolgt ist, ist durch Zustellung an den Drittschuldner unter'm 31. Januar 1884 vor der erst am 5. Februar 1884 erfolgten Zustellung des Arrestbefehls an die Schuldner Eheleute Dünchem bewirkt. Diese Pfändung ist mithin wegen Nichtbeachtung der Vorschrift des § 671 der Civilprozeßordnung, welche auch im vorliegenden Falle zu beachten war, ungesetzlich und rechtsunwirksam (vergl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. VI S. 388, VIII S. 429), und erweist sich sonach die durch die Berufung allein angegriffene Aufhebung der Anweisung des Klägers als gerechtfertigt.

III. Senat. Sitzung vom 16. Februar 1887.

Rechtsanwälte: Schmitz — Adeneuer.

Dritte Abtheilung.

Entscheidungen des Reichsgerichts, des Kammergerichts, des Gerichtshofes zur Entscheidung der Competenz-Konflikte und des Oberverwaltungsgerichts in Competenz-Konfliktsfällen.

Nachbarrecht. — Kaminrauch einer Fabrik. — Verjährung. — Schaden.

Durch den seit 30 Jahren bestehenden Betrieb einer Fabrik wird kein Recht für den Fabrikbesitzer begründet, ein Nachbargebäude durch den Kaminrauch der Fabrik zu schädigen, wenn auch das Nachbargebäude später, als die Fabrik errichtet worden ist.

Der Anspruch auf Schadensersatz erfordert den Nachweis eines Verschuldens.

Mallmann — Haymann und Gen.

Die unter der Firma Jakob Mallmann, Mathias Sohn zu Boppard bestehende Handlung beziehungsweise deren Rechtsnachfolger sind Besitzer eines zu Boppard belegenen Grundstücks, auf welchem zufolge einer von der Königl. Regierung zu Coblenz unter dem 24. April 1836 ertheilten Konzession eine Kalkbrennerei betrieben wird. Oestlich von diesem Grundstücke und durch den Orgelbornsbach von demselben getrennt liegt die den Erben des Gerbers Franz Karl Haymann zugehörige Besitzung, auf welcher zwei Wohnhäuser erbaut sind.

Durch Ladung vom 22. Januar 1877 klagten die Erben Haymann nach fruchtlosem Sühneversuche wider die Firma Mallmann beim Landgerichte zu Coblenz mit dem Antrage, Verklagte schuldig zu erklären, binnen einer zu bestimmenden Frist an ihren Kalköfen solche Einrichtungen zu treffen, welche nach dem Gutachten von Sachverständigen verhinderten, daß der aus den Kalköfen aufsteigende Rauch und die damit verbundenen schädlichen Gase in das klägerische Gebäude und in den Luftraum des klägerischen Eigenthums eindringen, andernfalls die Verklagte zur Beseitigung der Kalköfen zu verurtheilen.

Verklagte stellte den Antrag, die Klage als unzulässig, verjährt und unbegründet abzuweisen. Sie bestritt das Eindringen von Rauch und Gasen in das Besitzthum der Kläger, bezog sich darauf, daß die Kalköfen in ihrer gegenwärtigen

Einrichtung seit mehr, als 40 Jahren im Betriebe seien, und behauptete die Unzulässigkeit der Klage, weil die zu treffenden Einrichtungen von den Klägern nicht bezeichnet worden seien, die Beseitigung der konzessionirten Anlage aber gesetzlich überhaupt nicht gefordert werden dürfe.

Durch Vorbescheid des Landgerichts vom 5. März 1877 wurden Kläger zum Beweise durch Ortsbesichtigung, Zeugen und Sachverständige darüber zugelassen, daß durch den Betrieb der Kalköfen Rauch und gesundheitsschädliche Gase in das klägerische Besitzthum eingeführt würden, und gleichzeitig wurde den Sachverständigen aufgegeben, sich darüber zu äußern, ob und welche Einrichtungen getroffen werden könnten, um die erwähnten Uebelstände zu beseitigen.

In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt, daß die Klage auf Beseitigung des Uebertritts von Rauch und Gasen mittelst der hierzu dienenden Einrichtungen an sich begründet sei, und es den Klägern nicht obliege, diese Einrichtungen zu bezeichnen, daß eine Verjährung nicht anzunehmen sei, indem durch den während einer noch so langen Zeit fortgesetzten Betrieb eine Servitut für das Uebertretenlassen des Rauches nicht erworben werden könne, die Entscheidung daher von der Führung der erbotenen Beweise abhängig sei.

Verklagte erhob Berufung mit dem Antrage auf Klageabweisung und erbot subsidiarisch Beweis, daß ihre Kalköfen vor mehr, als 40 Jahren in freiem Felde nach ertheilter Konzession in zweckentsprechender Weise angelegt und betrieben worden seien, während Kläger erst vor vier bis fünf Jahren das Nachbargrundstück erworben und bebaut hätten. Von den Klägern wurde Verwerfung der Berufung beantragt.

Der Rheinische Appellationsgerichtshof zu Köln ließ durch Entscheidung vom 27. November 1878 die Verklagte zusätzlich zu den in erster Instanz aufgegebenen Beweisen zum ferneren Beweise darüber zu, daß die Kalköfen vor mehr, als 40 Jahren vor der Klageerhebung auf Grund einer Konzession der Verwaltungsbehörde errichtet, seither ununterbrochen betrieben worden seien und die für solche Anlagen übliche Einrichtung hätten. Im Uebrigen wurde die Berufung verworfen und die Sache zur Erhebung der Beweise und ferneren Entscheidung in die erste Instanz zurückverwiesen.

Die Gründe lauteten:

J. E., daß die von den Klägern artikulirten, angeblich von den Kalköfen der Verklagten ausgehenden Belästigungen offenbar das Maß derjenigen Unzuträglichkeiten überschreiten, welche als mit dem Zusammenwohnen der Menschen in neben einander liegenden Häusern nothwendig verbunden der nachbarlichen Duldung unterliegen;

daß auch die nicht bestrittene Thatsache, daß die Kalköfen der Verklagten lange vor den Häusern der Kläger bestanden, und letztere erst in der neueren Zeit erbaut worden sind, nicht zur Zurückweisung der Klage in ihrem ganzen Umfange, namentlich soweit dieselbe auf die Herstellung von Einrichtungen zur Entfernung oder Verminderung der Belästigungen und auf Ersatz des Schadens gerichtet ist, berechtigt, da einerseits in dem Eigenthum das Recht enthalten ist, sein Grundstück zu einer anderen Zeit auch zu einem anderen Zwecke zu benutzen, als wozu dasselbe früher benutzt worden ist, also zur Erbauung eines Hauses auf demselben und zur Benutzung des letzteren statt der Benutzung als Ackergrundstück, und anderentheils es an den gesetzlichen Bestimmungen fehlt, welche den ebengenannten Petiten der Klage in solchem Falle entgegenständen, vielmehr die Bestimmungen in Art. 9 des Dekrets vom 15. Oktober 1810, daß, wenn ein Eigenthümer bei Erbauung von Kalköfen oder eines anderen, diesen in dieser Beziehung gleichgestellten Etablissements die ihm von den Verwaltungsbehörden vorgeschriebenen Anordnungen, namentlich bezüglich der Entfernung von menschlichen Wohnungen beobachtet hat, jeder Andere, welcher spätere Bauten in der Nähe eines solchen Etablissements errichtet, nicht berechtigt sei, deren Entfernung zu beantragen, und die Bestimmung in § 26 der Norddeutschen Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869, daß gegenüber einer mit obrigkeitlicher Bewilligung errichteten gewerblichen Anlage (wozu nach § 16 auch Kalköfen gehören) die Klage eines benachbarten an sich berechtigten Eigenthümers niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebes, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachtheiligende Einwirkung ausschließen, oder, wo solche Einrichtungen unthunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar sind, auf Schadloshaltung gerichtet werden können, entschieden für das Gegentheil sprechen, indem sie in den

angegebenen Fällen blos den Antrag auf Entfernung des beschädigenden Etablissements resp. die Einstellung dessen Betriebes ausschließen, bezüglich der Anträge auf Herstellung von Schaden verhindernden Vorkehrungen und Leistung von Schadensersatz theils stillschweigend, theils ausdrücklich die Rechte der Nachbarn vorbehalten;

daß in dieser Beziehung die Sache sich auch nicht anders gestalten würde, wenn die Behauptung der Verklagten erwiesen wäre, daß ihre Kalköfen bereits länger, als 30 Jahre, ja, wie sie angeben, länger, als 40 Jahre in ihrer jetzigen Einrichtung beständen, sofern damit mehr, als die rechtliche Existenz der Kalköfen selbst festgestellt werden soll;

daß bereits der erste Richter ausgeführt hat, daß hier von einer Erwerbung einer Servitut seitens der Verklagten nicht die Rede sein kann;

daß aber auch die von der Verklagten heute hervorgehobene Verjährung der Klage nicht vorliegt;

daß nämlich die von den Klägern artikulirten Belästigungen ihrer faktischen, wie rechtlichen Natur nach sich als täglich wiederholende einzelne beschädigende Handlungen darstellen, und wenn Kläger schon vor 31 Jahren berechtigt gewesen sein sollten, wegen der damaligen Belästigungen Klage zu erheben, sie durch den Ablauf der 30 Jahre nur das Recht der Klage bezüglich dieser hinter dem Zeitraume von 30 Jahren zurückliegenden, nicht aber auch bezüglich der innerhalb des Zeitraumes der letzten 30 Jahre stattgehabten Belästigungen verloren haben würden;

daß jedoch in einer anderen Beziehung das mehr als dreißigjährige Bestehen der fraglichen Kalköfen nicht ohne rechtliche Folgen wäre;

daß nämlich sowohl nach dem citirten Dekrete vom Oktober 1810, als nach der Preußischen Gewerbeordnung von 1845 und nach der Norddeutschen Gewerbeordnung von 1869 zur Errichtung eines Kalkofens es einer Konzession der Verwaltungsbehörden bedarf, welche Verklagte vorzulegen sich außer Stande erklärt, angeblich, weil bei ihrem Ankaufe der Kalköfen die betreffende Urkunde ihr nicht übergeben worden sei;

daß nun aber, wenn Verklagte nachzuweisen im Stande ist, daß die fraglichen Kalköfen in ihrer jetzigen Einrichtung bereits länger, als 30 Jahre bestanden haben, sie den Klägern

gegenüber die Berechtigung deren Existenz nicht nachzuweisen hat, mindestens so lange, als ihr diese Existenz nicht seitens der Verwaltungsbehörden bestritten wird, was bisher nicht geschehen ist, und in dieser Beziehung der dreißigjährige Besitzstand den Mangel der Konzessionsurkunde ersetzt;

daß hiergegen sich auch nicht mit den Klägern einwenden läßt, daß die Vorlage der Konzessionsurkunde schon aus dem Grunde unerläßlich sei, weil aus derselben sich die Bedingungen der Konzession ergäben, und bis dahin nicht erwiesen, ob Verklagte auch diesen Bedingungen nachgekommen sei;

daß nämlich nach dem Grundsatze tantum praescriptum, quantum possessum, der Anfang des Besitzes den Maßstab der Berechtigung abgibt, es daher auf diese nur möglichen Beschränkungen keinesfalls ankommt, und der von der Verklagten ad 1 und 2 heute erbotene Beweis zuzulassen ist, während die Beweise ad 3 und 4 nach dem Vorstehenden nicht in Betracht kommen;

J. E., daß aber auch nicht, wie Verklagte zuletzt beantragt, ihre Verpflichtung von vorne herein auf die Herstellung der allgemein üblichen Einrichtungen bei Kalköfen zu beschränken ist, indem ein Rechtsgrund für eine solche bereits in dieser Lage der Sache auszusprechende Beschränkung nicht angeführt werden kann, und erst das Resultat der Expertise, namentlich bezüglich der Größe der Belästigungen und der Natur der eventuell zur Verhinderung derselben von der Verklagten herzustellenden Einrichtungen abzuwarten ist, ehe über das nach Lage der gesammten vorhandenen Verhältnisse zu fixirende Maß der von der Verklagten zu prästirenden Leistungen erkannt werden kann;

daß in diesem Sinne auch der Zulassung der Beweisartikulation ad 5 nichts im Wege steht, insofern dadurch das faktische Material zur Entscheidung der Klage unzweifelhaft mehr vervollständigt wird, ohne daß dieselbe zur alleinigen Entscheidung bezüglich der Verpflichtung der Verklagten geeignet erscheint.

Nachdem die angeordnete Ortsbesichtigung, Zeugenvernehmung und Begutachtung durch Sachverständige stattgefunden hatte, beantragten Kläger die Verurtheilung der Verklagten zur Vornahme der von den Sachverständigen als zweckdienlich bezeichneten baulichen Einrichtungen. Verklagte wiederholte den

Antrag auf Klageabweisung, indem sie die Ausführbarkeit und Zweckmäßigkeit des von den Sachverständigen gemachten Vorschlages bestritt und subsidiarisch eine neue Expertise beantragte. Sie legte nunmehr die Konzessionsurkunde der Königl. Regierung zu Coblenz vom 24. April 1836 vor, welche vorher nicht hatte beigebracht werden können.

Das Landgericht erachtete das erstattete Gutachten für unzureichend und verordnete durch ferneren Vorbescheid vom 4. Mai 1880 ein ferneres Gutachten, mit dessen Erstattung der Ingenieur und frühere Gasanstaltsdirektor Krackow zu Coblenz beauftragt wurde.

Dieser gab am 30. April 1881 sein Gutachten dahin ab, daß eine gänzliche Beseitigung der mit der Kalkbrennerei für die Nachbarn verbundenen Uebelstände nicht möglich sei, diese Belästigung jedoch auf das der nachbarlichen Duldung unterliegende Maß herabgedrückt würde, wenn die Verklagte über den beiden Kalköfen nach vorgelegter Zeichnung und Beschreibung einen Holzschuppen errichten werde.

Durch Urtheil des Landgerichts vom 12. Juli 1882 wurde darauf die Verklagte schuldig erklärt, innerhalb einer Frist von 6 Monaten nach der Urtheilszustellung an ihren Kalköfen solche Einrichtungen zu treffen, welche in dem Gutachten des Ingenieurs Krackow vorgeschrieben seien; dasselbe ermächtigte im Unterlassungsfalle die Kläger, diese Vorkehrungen auf Kosten der Verklagten unter Leitung des genannten Sachverständigen herstellen zu lassen, verurtheilte die Verklagte zum Ersatze des den Klägern bisher zugefügten Schadens nach einer näher aufzustellenden Liquidation und legte ihr die Prozeßkosten zur Last.

Die wider diese Entscheidung unter Wiederholung des Antrages auf Klageabweisung eingelegte Berufung wurde am 19. Dezember 1884 von dem Königl. Oberlandesgerichte zu Köln kostenfällig verworfen.

Das Urtheil zweiter Instanz beruht auf folgenden Gründen:

J. E., daß dem ersten Richter darin beizupflichten ist, daß das Gutachten des Sachverständigen Krackow eine genügende Grundlage für die Entscheidung der Frage bildet, welche Einrichtungen die Appellanten an ihren Kalköfen zu treffen haben, um die den appellatischen Wohngebäuden aus dem

Betriebe der letzteren erwachsende Beschädigung möglichst zu verhüten oder herabzumindern;

daß die Einwendungen, welche seitens der Appellanten gegen das erwähnte Gutachten wiederholt vorgebracht sind, nicht für begründet angesehen werden können;

daß nämlich die von den Appellanten angezogenen kritischen Bemerkungen, welche der als Zeuge vernommene Baurath Hottenrott verfaßt haben soll, abgesehen davon, daß die Appellaten diesen Ursprung bestreiten, bei näherer Prüfung keineswegs geeignet erscheinen, die gutachtlichen Ausführungen des Ingenieurs Krackow zu entkräften;

daß schon im Allgemeinen dem Sachverständigen Krackow nach seiner technischen Qualifikation und nach der Sorgfalt, mit welcher das Gutachten desselben erstattet ist, wohl zugetraut werden kann, daß er bezüglich der von ihm selbst vorgeschlagenen Einrichtungen auch die Frage gründlich erwogen und geprüft hat, ob dieselben gegenüber dem Bauzustande der Kalköfen ausführbar sind und mit den Anforderungen des Betriebes der letzteren sich vereinbaren lassen;

daß dieses um so mehr angenommen werden muß, als das ganze Gutachten des Experten Krackow auf der Basis beruht und den Nachweis enthält, daß die in einem früheren Gutachten von anderen Sachverständigen vorgeschlagene Einrichtung nach den beiden vorerwähnten Gesichtspunkten nicht acceptabel sei;

daß, anlangend die einzelnen Ausstellungen der Appellanten, es zunächst nicht darauf ankommen kann, ob durch die von Krackow angegebene Einrichtung eine absolute Beseitigung der fraglichen Uebelstände erzielt wird, indem die Appellaten nach den früher in der Sache ergangenen Erkenntnissen auch berechtigt sind, die Einschränkung jener Uebelstände auf das geringste mögliche Maß zu verlangen;

daß in letzterer Hinsicht Krackow mit positiver Bestimmtheit versichert und seine Ausführungen einleuchtend erscheinen, daß durch sein Projekt die vorhandene Belästigung auf das Maß der nachbarlichen Duldung herabgemindert werde, womit die Appellaten sich zufrieden geben wollen;

daß, wenn Appellanten ferner darauf hinweisen, daß Krackow selber von einem Ausprobiren seines Projektes spreche,

diese Bemerkung, wie der Inhalt des Gutachtens ergibt, nur auf die Beschaffenheit der an der Dachlaterne anzubringenden Jalousielatten sich bezieht und demnach blos einen Punkt betrifft, dessen endgültige Feststellung, wie das Gutachten weiter andeutet, bei der Ausführung des Projektes durch die alsdann hervortretende Erfahrung sich alsbald ergeben wird;

daß derjenige Theil des Krackow'schen Gutachtens, welcher sich über den mangelhaften Bauzustand der Kalköfen verbreitet, lediglich als Motiv für die Ablehnung der von den ersten Experten projektirten Konstruktion sich darstellt und deshalb keineswegs zur Unterstützung der Ansicht herbeigezogen werden darf, daß jener Zustand dem Krackow'schen Vorschlage hindernd im Wege stehe;

daß vielmehr in dieser letzteren Beziehung die vorher aufgestellte allgemeine Betrachtung über die Zuverlässigkeit des Krackow'schen Gutachtens durchschlagend ist;

daß das Nämliche von dem Einwande gilt, daß nach der Erbauung des von Krackow projektirten Schuppens im Innern kein genügender Raum für die Arbeiter verbleibe und wegen allzugroßer Hitze dort überhaupt nicht mehr die nöthige Arbeit verrichtet werden könne;

daß insbesondere Krackow, welcher durch das ihm vorliegende frühere Gutachten über die Erfordernisse des Kalkofenbetriebes genau unterrichtet war, in seinem Gutachten positiv erklärt, daß der von ihm konstruirte Schuppen, wie bisher, alle Arbeiten und Verrichtungen zum Zwecke des Gewerbebetriebes gestatte und genügenden Raum zu allen beim Betriebe vorkommenden Verhältnissen und Handlungen biete, welches Urtheil er auch noch im Einzelnen näher entwickelt und begründet hat;

daß auf der anderen Seite die von den Appellanten angeführte Raumberechnung einen wesentlichen Irrthum aufweist, indem die zu 1,10 Meter angegebene Breite des Abstandes vom Ofenrande bis zur westlichen Grenzlinie des Mauerwerkes gemäß den vorliegenden Ortsbesichtigungskarten in Wirklichkeit 1,70 Meter beträgt, woraus von selbst folgt, daß die projektirte Schwellenunterlage der Schuppenwand sogar bei einer Breite von 30 Centimeter noch hinreichenden Platz für die freie Bewegung der Arbeiter und des Materials übrig lassen würde;

daß hiernach in keiner Hinsicht eine Veranlassung besteht, gegenwärtig noch eine weitere Expertise anzuordnen, vielmehr auf der ausreichend befundenen Grundlage des wohlmotivirten Krakow'schen Gutachtens die Sache zu entscheiden und den desfallsigen Ausführungen des ersten Richters überall beizustimmen ist.

Gegen dieses Endurtheil und den vorausgegangenen Vorbescheid vom 27. November 1878 legte Justizrath Mecke Namens des Kaufmannes Friedrich Mallmann als des jetzigen Unternehmers der Kalköfen und des schwebenden Prozesses und, soweit nöthig, Namens der Liquidatoren der verklagten Firma Kassationsrekurs ein mit dem Antrage, die angegriffenen Urtheile zu kassiren, die Rückgabe der Sukkumbenzgelder zu verordnen und den Klägern die Kosten zur Last zu legen, sodann in der Sache selbst unter Abänderung des landgerichtlichen Endurtheiles die Klage kostenpflichtig abzuweisen.

In der eingereichten Kassationsschrift werden folgende Angriffe erhoben:

1. Kassationsmittel: Verletzung des Art. 544 des B. G.-B., des Art. 9 des Dekrets vom 15. Oktober 1810 und des § 26 der Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869. Mit Unrecht, so wurde ausgeführt, stütze der Vorderrichter die Zulässigkeit des Antrages auf Ausführung der zur Beseitigung der Belästigung dienlichen Einrichtungen auf die Reichsgewerbeordnung, welche für die lange vor 1869 in Betrieb gesetzte Anlage nicht in Betracht komme. Aus dem Dekrete vom 15. Oktober 1810 könne die streitige Verpflichtung nicht hergeleitet werden. Art. 544 des B. G.-B. gestatte den Verklagten den durch Gesetze und Reglement nicht verbotenen freien Gebrauch ihres Eigenthums; von diesem Rechte hätten dieselben lange vor Errichtung der klägerischen Gebäude Gebrauch gemacht, und es könne ihnen nicht zugemuthet werden, diesen Gebrauch um deswillen einzuschränken oder zu verändern, weil den Klägern eine veränderte Nutzung ihres Grundstücks beliebt habe.

2. Kassationsmittel: Verletzung von Art. 688—690 und 2262 des B. G.-B., Art. 7 des Gesetzes vom 20. April 1810. Die Rekursschrift rügt mangelnde Begründung für die Annahme, daß die Verklagten ein Servitutrecht zu Lasten der klägerischen Grundstücke nicht hätten erwerben können. Der die Kläger beschwerende Gebrauch sei ein offensichtlicher;



ob er auch ein dauernder sei, habe der Richter nicht geprüft. Jedenfalls habe die erlöschende Verjährung angenommen werden müssen, denn hierfür sei die erste Rechtsverletzung und die Erkennbarkeit ihres wirkenden Grundes maßgebend. Die Verstärkung oder Wiederholung der Rechtsverletzung schaffe kein neues Klagerecht neben dem schon vorhandenen. Nach dem auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen beruhenden § 54. I. 6 des Allgemeinen Landrechts treffe in Fällen der vorliegenden Art die Verjährung das ganze Recht.

3. Kassationsmittel: Verletzung von § 26 der Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869, Art. 141 des Code de procédure, Art. 7 des Gesetzes vom 20. April 1810. Diese Rüge richtet sich gegen die Verurtheilung der Verklagten zur Herstellung der in dem Gutachten von Krackow bezeichneten Einrichtungen, welche den Erfordernissen des verfügenden Theiles eines Urtheiles nicht entspreche. Diese Verurtheilung sei aber auch in materieller Beziehung bedenklich, da es sich in Betreff der Einrichtung der Jalousielatten nur um ein Experiment handle, zu welchem die Verklagten nach § 26 der Gewerbeordnung nicht verbunden seien. Unerheblich sei es, daß es sich hierbei nur um einen einzelnen Punkt des Planes handle, denn es lasse sich nicht übersehen, welchen Einfluß das Mißlingen des Planes in diesem einzelnen Punkte auf die Gestaltung des Ganzen haben könne.

4. Kassationsmittel: Verletzung von § 26 der Reichsgewerbeordnung, der Art. 544, 1382, 1383, 2262 des B. G.-B. und Art. 7 des Gesetzes vom 20. April 1810. Gegen die Verurtheilung zu Schadensersatz wird geltend gemacht, daß beide Vorderrichter dafür keine Gründe angegeben hätten und der Anspruch auch unbegründet sei, da die Verklagten nur ihren durch die Konzession geschützten Betrieb ausgeübt hätten, und ihnen ein Verschulden nicht nachgewiesen sei. Jedenfalls sei der Anspruch für die Zeit bis zur Klageerhebung, aber auch für die Zeit bis zur endgültigen Entscheidung der Sache abzuerkennen, da Verklagte erst durch diese in Stand gesetzt würden, die schadende Ursache durch sicher wirkende Einrichtungen zu beseitigen. Auch sei übersehen, daß die erlöschende Verjährung jedenfalls einem Theile des Schadensanspruches entgegenstehe.



Es erging folgendes

Urtheil:

J. E. zum ersten Kassationsmittel,

Daß Verklagte und Kassationskläger mit Unrecht die Zulässigkeit eines die Abänderung der Anlagen anordnenden Urtheiles bestreiten, weil die Kalkbrennerei bereits im Jahre 1836 angelegt und in Betrieb gesetzt worden sei, und die vor Einführung der Gewerbeordnung von 1869 bestehende Gesetzgebung den Richter zu einer derartigen Anordnung nicht ermächtigt habe;

Daß nämlich § 26 der Reichsgewerbeordnung auf alle mit obrigkeitlicher Genehmigung errichtete und einer solchen Genehmigung bedürfende gewerbliche Anlagen Anwendung findet, indem er zwischen den nach früherer Landesgesetzgebung errichteten und den in Gemäßheit des § 16 erst später genehmigten Anlagen keinen Unterschied macht, und diese Bestimmung dahin geht, daß fortan nur mehr auf Einrichtungen zur Beseitigung der benachtheiligenden Einwirkungen und auf Schadensersatz geklagt werden kann, wenn auch nach der früheren Gesetzgebung die negatorische Klage auf Beseitigung der Anlagen begründet war;

Daß diese im Interesse der Gewerbetreibenden getroffene Bestimmung, welche von dem Berufungsrichter zu Gunsten der Verklagten angewendet worden ist, was eine Beschwerde für dieselben nicht enthält, an den Voraussetzungen der landesrechtlichen Schutzmittel zur Beseitigung der das Privateigenthum schädigenden Einwirkungen nichts geändert hat, in dieser Beziehung also die frühere Gesetzgebung maßgebend ist;

Daß die thatsächlichen Voraussetzungen der Klage den früheren Bestimmungen und dem geltenden Landesrechte entsprechend von dem Berufungsrichter festgestellt sind, und die Verklagten sich auf die ihrem Rechtsvorgänger ertheilte Konzession nicht berufen können;

Daß nämlich die Kalkbrennereien nach dem Dekrete vom 15. Oktober 1810 zu der ersten Klasse der gewerblichen Anlagen gehören und nur entfernt von Privatwohnungen nach vorheriger Prüfung ihrer Einwirkung auf die Umgebung durch die Verwaltungsbehörden genehmigt werden dürfen, demgemäß daher auch die Regierung in der auf Grund des angeführten Dekrets ertheilten Konzessionsurkunde vom 24. April 1836

ausdrücklich besagt, daß die Konzession für die damals außerhalb der Stadt Boppard und 150 Schritte von dem nächsten Hause gelegene Parzelle unter dem Vorbehalte ertheilt werde, daß der Inhaber der Konzession eine Vertretung derselben von der Behörde nicht zu beanspruchen habe und für jeden aus der Anlage entstehenden Schaden verantwortlich bleibe;

Daß daher die Konzession den Nachbargrundstücken die Verpflichtung zur Duldung der benachtheiligenden Einwirkungen des Gewerbebetriebes nicht auferlegen wollte und konnte, die Besitzer daher in der Ausübung ihrer Eigenthumsrechte nicht gehindert waren, und denselben, nachdem sie bei Ausdehnung der Stadt ihre Grundstücke bebaut hatten, das Recht zustand, in Gemäßheit des Art. 544 des B. G.-B. und der durch Doktrin und Rechtsprechung anerkannten Grundsätze des Nachbarrechts (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts XI. 341, 345) den ihr Benutzungsrecht wesentlich erschwerenden Einwirkungen des Betriebes entgegenzutreten;

Daß es hiernach für die Geltendmachung dieses Einspruchsrechtes unerheblich erscheint, wenn die Bebauung der klägerischen Grundstücke erst geraume Zeit nach Errichtung der Kalkbrennerei erfolgt ist (vergl. Urtheil des Reichsgerichts vom 19. Dezember 1884 in Sachen Giesen gegen Lölgen II. 20/84);

J. E. zum zweiten Kassationsmittel,

Daß das angefochtene Urtheil des vormaligen Appellhofes sich für die Verneinung der erwerbenden Servitutverjährung lediglich auf die Gründe des ersten Richters bezieht, in welchen gesagt wird, daß auch durch einen noch so lange fortgesetzten Betrieb eine Servitut zur Einsendung der ausströmenden Dämpfe und Gase auf die Nachbargrundstücke nicht habe erworben werden können;

Daß dieser Entscheidungsgrund offenbar besagen will, ein Erwerb dieser Servitut sei nicht möglich, weil es an den Voraussetzungen des Art. 690 des B. G.-B. fehle, und dieser Grund nach den thatsächlichen Feststellungen als zutreffend erachtet werden muß, da, wie immer die Einrichtung der Kalköfen beschaffen sein mag, und wenn auch die Offensichtlichkeit der beanspruchten Servitut zuzugeben wäre, doch der die Einsendung von Rauch verursachende Betrieb ohne menschliche Handlung nicht denkbar ist, also eine fortwährende Servitut im Sinne des Art. 688 des B. G.-B. nicht vorliegt;

Daß übrigens nach dem Erlasse des angeführten Vorbescheides von den Verklagten der Versuch, die erwerbende Verjährung darzuthun, nicht mehr gemacht worden ist, daher ein Mangel an Begründung nicht vorliegt, wenn das Endurtheil diese Frage nicht weiter geprüft hat;

Daß auch die behauptete Klageverjährung ohne Rechtsirrthum verneint worden ist;

Daß nämlich das im Wesen des Eigenthums liegende Recht, die gegen die freie Ausübung des Eigenthums gerichteten Eingriffe abzuwehren, durch Nichtgebrauch keineswegs erlöschen kann, und die Negatorienklage wider angemaßte Servituten der Klageverjährung nicht unterliegt, sondern nur durch die entgegenstehende erwerbende Verjährung der Servitut beseitigt wird (vergl. Zachariä IV § 772, Aubry § 772);

Daß die Klageverjährung nur den Schadensanspruch beseitigt, der widerrechtliche Eingriff in eine fremde Rechtssphäre aber, sofern nicht die Voraussetzungen der erwerbenden Verjährung einer Servitut vorliegen, durch fortgesetzte Wiederholung nicht zu einem berechtigten werden kann, indem die Bestimmung des § 54, I, 6 des Allgemeinen Landrechts dem Rheinischen Gesetzbuche fremd ist;

J. E. zum dritten Kassationsmittel,

Daß Art. 141 Code de procédure nur vorschreibt, daß jedes Urtheil einen verfügenden Theil enthalten müsse, ohne über dessen Form eine Bestimmung zu treffen, dem Gesetze daher genügt wird, wenn die Entscheidung so klar und vollständig ist, daß über ihre Bedeutung und Tragweite kein Zweifel entstehen kann;

Daß es daher dem Richter nicht verwehrt war, unter Bezugnahme auf das in den Händen der Parteien befindliche Gutachten des Sachverständigen Krackow die Verklagten zur Ausführung des in diesem Gutachten durch Zeichnung und Beschreibung erläuterten Planes zu verurtheilen, und er dadurch diesen Plan zu einem Theile seines Urtheiles gemacht hat;

Daß es der Nachprüfung in der Kassationsinstanz nicht unterliegt, wenn das Berufungsgericht diesen Plan als zweckmäßig erklärt, die wider denselben erhobenen Einwendungen für nicht gerechtfertigt erachtet und den Plan als eine geeignete Grundlage für die Entscheidung bezeichnet;

Daß allerdings das Gutachten über die Form der Jalousieläden und den Abstand der einzelnen Latten keine bestimmten Vorschriften enthält, sondern darauf verweist, daß in dieser Beziehung die Sache erst ausprobirt werden müsse, die Verklagten aber durch den Mangel bestimmter Vorschriften über diesen Theil der Anlage nicht beschwert sind, indem es nunmehr ihrem Ermessen anheimgegeben ist, den Läden die ihnen gut scheinende Form zu geben, wie es ihnen auch nach dem Gutachten und dem Urtheile überlassen bleibt, in Betreff der äußeren Construktion und der Schönheit des zu errichtenden Gebäudes ganz nach ihrem Gutdünken zu verfahren;

J. E. zum vierten Kassationsmittel,

Daß der erste Richter unter Beifall des Berufungsgerichts die Verklagten zum Ersatze des den Klägern bisher zugefügten Schadens nach einer näher aufzustellenden Liquidation verurtheilt;

Daß für diese Entscheidung weder von dem ersten Richter, noch von der zweiten Instanz Gründe angegeben worden, obwohl die Klage nach ihrem ganzen Umfange bestritten war, daher ein Verstoß wider Art. 7 des Gesetzes vom 20. April 1810 vorliegt;

Daß sich auch die Verpflichtung zu Schadensersatz nicht schon aus der Anerkennung der objektiven Widerrechtlichkeit der schädlichen Einwirkungen und der Zuerkennung der negatorischen Klage ergibt, die Schadensforderung vielmehr nach den Bestimmungen des Rheinischen Rechts, Art. 1382 und 1383 des B. G.-B., da ein Vertragsverhältniß nicht in Frage steht, die Feststellung eines subjektiven Verschuldens zur nothwendigen Voraussetzung hat (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts XI, 341 und 345);

Daß in dieser Beziehung die Sache nicht geprüft ist und dieselbe nicht spruchreif erscheint, da es insbesondere an der thatsächlichen Feststellung mangelt, inwieweit der Schaden vorausgesehen werden konnte, daher in diesem Punkte die Kassation und Zurückverweisung in die Berufungsinstanz geboten erscheint;

Aus diesen Gründen

kassirt das Reichsgericht, zweiter Civilsenat, das Urtheil des Oberlandesgerichts zu Köln vom 19. Dezember 1884 insoweit, als dasselbe durch gänzliche Verwerfung der Berufung

die in dem Urtheile des Königl. Landgerichts zu Coblenz vom 12. Juli 1882 enthaltene Entscheidung, durch welche die Verklagten zum Ersatze des den Klägern bisher zugefügten Schadens nach einer näher aufzustellenden Liquidation verurtheilt worden sind, bestätigt hat, verordnet u. s. w., verwirft im Uebrigen den wider das Urtheil des vormaligen Rheinischen Apellationsgerichtshofes zu Köln vom 27. November 1878 und das Endurtheil des dortigen Oberlandesgerichts vom 19. Dezember 1884 eingelegten Kassationsrekurs u. s. w.

Reichsgericht. Sitzung vom 5. März 1886.

Ref.: H. R.-G.-Rath Iser.

Rechtsanwälte: Mecke — Dorn.

Wechsel. — Bürge des Acceptanten. — Verjährung. — Ausländisches Recht.

Sind der Trassant und der Acceptant eines Wechsels Angehörige eines Gebietes, wo der Code civil und der Code de commerce Geltung haben, und ist der Wechsel im Domizile des Trassanten zahlbar erklärt, so ist, wenn ein dem hiesigen Rechtsgebiete angehöriger Deutscher sich für den Acceptanten verbürgt hat, bezüglich der Verjährung der gegen den Wechselbürgen entstandenen Ansprüche nicht die Deutsche Wechselordnung, sondern der Code de commerce maßgebend.

Sengen — Schmitz & Fischer.

Gegen das im 76. Bande des Archivs Abtheilung 1 Seite 41 mitgetheilte Urtheil des Oberlandesgerichts vom 17. Oktober 1885 legte der Beklagte Sengen Revision ein; dieselbe wurde jedoch vom zweiten Civilsenate des Reichsgerichts zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Gerügt wird zunächst, daß die fraglichen Wechsel ungültig seien, weil die Jahreszahl des Verfalltages nicht angegeben sei. Diese Rüge erscheint aus zwei Gründen verfehlt, nämlich 1. weil die Gültigkeit der in Luxemburg ausgestellten Wechsel nach dem dort geltenden, nicht revisiblen Wechselrechte zu

beurtheilen ist (Art. 85 Wechselordnung), und 2. weil auch nach der Deutschen Wechselordnung der gerügte Mangel die Ungültigkeit der Wechsel nicht zur Folge haben würde (vergl. Plenarentscheidung des Reichs-Oberhandelsgerichts Band 6 Nr. 24).

Gerügt wird ferner, es sei verkannt, daß für die Frage der Verjährung nicht Art. 189 des in Luxemburg geltenden Code de commerce, sondern Art. 77 der Deutschen Wechselordnung maßgebend sei. Es ist aber allgemein anerkannt, auch vom Reichsgerichte (Band 2 Nr. 6) bereits ausgesprochen, daß die Verjährung nach dem die in Frage stehende Verpflichtung beherrschenden Rechte zu beurtheilen sei. Wie in beiden Instanzen angenommen, auch nicht angefochten, hat sich der Beklagte als Bürge des Acceptanten verpflichtet, also die wechselmäßige Verpflichtung desselben übernommen, am Verfalltage im Domizile des Trassanten als dem bestimmten Zahlungsorte Zahlung zu leisten. Der Ort, wo der Beklagte seine Wechselverpflichtung zu erfüllen hatte, war daher Luxemburg, der Wohnort des Trassanten; hieraus aber ergibt sich nach allgemein anerkannten Grundsätzen (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Band 6 Nr. 5), daß das in Luxemburg geltende Recht für fragliche Verpflichtung maßgebend war. Ob dieses Recht richtig angewendet sei, ist, da es der Revision nicht unterliegt, nicht nachzuprüfen.

Da sonst eine Verletzung von Rechtsnormen nicht ersichtlich ist, so war, wie geschehen, zu erkennen.

Reichsgericht. Sitzung vom 27. März 1886.

Gütertrennung. — Vollziehung. — Gültigkeit. — Deklarative Natur der Theilung. — Gütergemeinschaft. — Reprisenforderung.

Zur gültigen Vollziehung der Gütertrennung in Gemäßheit des Art. 1444 des B. G.-B. genügt es, wenn die Ehefrau, sofern deren Befriedigung für ihre Ansprüche nicht erfolgt, diejenigen Vollzugshandlungen nicht verabsäumt, welche geeignet sind, zu ihrer Befriedigung zu führen, und dadurch die Ernstlichkeit ihres Willens, die Gütertrennung

durchzuführen, bekundet. Die Verzögerung des Einschreitens gegen die Drittbesitzer von Grundstücken, auf welchen die Legalhypothek der Ehefrau haftet, hat die Ungültigkeit der Gütertrennung dann nicht zur Folge, wenn die Verzögerung in den obwaltenden Umständen ihre Erklärung und Entschuldigung findet.

Die deklarative Natur der Theilung (Art. 883 des B. G.-B.) hat für das Verhältniß zwischen einem Miterben und dessen Ehegatten nicht die Bedeutung, daß sie für die Frage, ob ein Ehegatte, dem während der Ehe eine Erbschaft anerfallen ist, Mobilien oder Immobilien geerbt hat, bestimmend wäre. Wenn daher von der Ehefrau ererbte Antheile an Immobilien, sei es auch zum Zwecke der Auseinandersetzung, an Miterben veräußert werden, so fällt der Kaufpreis nicht in die Gütergemeinschaft, bildet vielmehr, sofern er in die Gütergemeinschaft verwendet worden ist, eine Reprisenforderung der Ehefrau.

Erben Harff und Froitzheim — Breuer.

Durch Urtheil des Landgerichts zu Köln vom 30. Oktober 1871 wurde die Gütertrennung zwischen den Eheleuten Breuer ausgesprochen.

Durch notariellen Akt vom 11. Dezember 1871 wurde, nachdem die Ehefrau auf die Gütergemeinschaft verzichtet hatte, eine Reprisenforderung in Höhe von 2154 Thlr. 28 Sgr. 7 Pf. festgestellt, zu deren theilweisen Deckung der Ehemann Mobilargegenstände zum Preise von 79 Thlr. 10 Sgr. übertrug, so daß noch eine Schuld von 2075 Thlr. 18 Sgr. 7 Pf. verblieb. Am 18. März 1872 ließ die Ehefrau ihrem Manne Zahlbefehl zustellen und am 26. März 1872 eine Mobilarpfändung versuchen, die aber keinen Erfolg hatte.

Im Herbste 1879 leitete sie gegen die Wittwe und Erben Julius Harff und den Landwirth Froitzheim bezüglich einer Reihe von Grundstücken, welche ihr Ehemann an Julius Harff verkauft hatte, und auf welche sie ihre Legalhypothek geltend machte, das Subhastationsverfahren ein.

Sowohl die Wittwe und Erben Harff, als Froitzheim er-



hoben Klage auf Aufhebung dieses Verfahrens und machten zur Begründung dieser Klage geltend:

1. die Gütertrennung sei nichtig, weil die Vollziehung des Urtheiles nicht ununterbrochen fortgesetzt worden sei,

2. der Ehefrau Breuer stehe eine Reprisenforderung in der von ihr behaupteten Höhe nicht zu, insbesondere sei ein in derselben enthaltener Kaufpreis von 300 Thlr., um welchen die Ehefrau ihren ererbten Antheil am elterlichen Hause an ihre Brüder verkauft habe, nach Art. 883 des B. G.-B. nicht Sondergut der Ehefrau geworden, vielmehr in die Gütergemeinschaft gefallen,

3. den Erben Harff ständen höhere Compensationsforderungen gegen die Ehefrau Breuer zu, als deren Reprisenforderung betrage.

Das Landgericht erachtete die behauptete Compensation bezüglich eines Betrages von 3000 Mark für begründet, im Uebrigen aber die Klage für unbegründet und erkannte dementsprechend durch Urtheil vom 9. Februar 1881.

Auf Berufung der Beklagten, welcher sich die Kläger anschlossen, wies das Oberlandesgericht zu Köln durch Urtheil vom 13. Mai 1885 die Klage ab, indem es insbesondere die Aufstellungen der Kläger, daß die Gütertrennung nichtig sei, und daß der Kaufpreis von 300 Thlr. in die Gütergemeinschaft gefallen sei, für nicht zutreffend erachtete, auch die beanspruchten Compensationen sämmtlich für unbegründet erklärte.

Auf die von den Klägern eingelegte Revision hob das Reichsgericht, zweiter Civilsenat, dieses Urtheil zwar wegen der Entscheidung über eine Compensationsforderung auf, trat aber im Uebrigen den Ausführungen des Oberlandesgerichts bei aus folgenden

Gründen:

1. Die erste Rüge der Revisionskläger richtet sich gegen die Abweisung ihres Einwandes, daß die von der Ehefrau Breuer erwirkte Gütertrennung wegen Nichtbeobachtung der Vorschriften des Art. 1444 Code civil ungültig sei.

Dieselbe erscheint unbegründet.

Das Gesetz will durch die Vorschriften des Art. 1444 a. a. O. die Ehefrauen nöthigen, durch möglichst raschen Vollzug der von ihnen erwirkten Gütertrennungsurtheile ihren ernstlichen Willen zur Durchführung der Gütertrennung zu bekunden, und

hat dabei hauptsächlich die Vermögensauseinandersetzung unter den Ehegatten, an deren Beschleunigung die Gläubiger ein wesentliches Interesse haben, im Auge. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Band I Nr. 144.

Im vorliegenden Falle ist, wie unbestritten, mit der Vermögensauseinandersetzung innerhalb der durch Art. 1444 bestimmten Frist begonnen und dieselbe ohne Unterbrechung in kurzer Zeit zu Ende geführt, dabei auch die Ehefrau für einen Theil der festgestellten Ersatzforderung befriedigt worden.

Was nun die Frage betrifft, ob der Vollzug des Gütertrennungsurtheiles auch später ununterbrochen fortgesetzt worden sei, was bestritten wird, so ist zu beachten, daß das Gesetz, wenn es von „poursuites non interrompues" spricht, wie zweifellos und allgemein anerkannt, nur sagen will, es dürfe die Ehefrau Vollzugshandlungen, die geeignet sind, zu ihrer Befriedigung zu führen, nicht nachlässiger Weise versäumen und dadurch die Ernstlichkeit ihres Willens, die Gütersonderung durchzuführen, in Frage stellen. Ob sie dieser Verpflichtung genügt habe, ist nach den Umständen des Falles vom Richter zu würdigen. Im vorliegenden Falle gelangte das Oberlandesgericht unter eingehender Begründung zum Ergebnisse, daß der Ehefrau Breuer eine Versäumung fraglicher Art nicht zur Last falle, insbesondere nicht anzunehmen sei, daß greifbares Mobiliar- oder Immobiliarvermögen sich im Besitze des Ehemannes befunden habe, die Verzögerung des Einschreitens gegen die Drittbesitzer aber in den Umständen ihre Erklärung und Entschuldigung finde. Eine Verletzung von Rechtsnormen ist in diesen Erwägungen nicht zu finden.

2. Die Revision rügt weiter Verletzung des Art. 883 Code civil, weil angenommen worden sei, der Kaufpreis von 300 Thlr., um welchen die Ehefrau ihren Antheil am elterlichen Hause an ihre Brüder verkauft habe, begründe eine Ersatzforderung der Ehefrau.

Auch diese Rüge erscheint unbegründet.

Abgesehen von der Frage, ob der Akt vom 15. August 1854 überhaupt als ein Theilungsakt im Sinne des Art. 883 a. a. O. gelten könne, da er nach dem Thatbestande des Berufungsurtheiles den Verkauf an die Brüder zum Gegenstande hatte, also die Ungetheiltheit nicht unter sämmtlichen Miterben aufhob, erscheint auch die Auslegung, welche das Oberlandesgericht den

Art. 883, 1401, 1404 und 1433 Code civil gegeben hat, richtig.

Die Fiktion des Art. 883 a. a. O., daß jeder Miterbe so anzusehen sei, als sei er betreffs der ihm bei der Theilung überwiesenen Nachlaßgegenstände der einzige Erbe und nie Miteigenthümer der anderen Nachlaßgegenstände gewesen, hat den Zweck, den Mißständen zu begegnen, welche sich ergeben würden, wenn der Miterbe seine Rechte, soweit es die Erbquoten der anderen Miterben betrifft, nur von diesen ableiten könnte, also alle während der Zeit der Ungetheiltheit eingetretene Verfügungen dieser Miterben oder sonstige aus deren Person sich herleitende Rechte, wie Hypothekarbelastungen u. s. w., gegen sich gelten lassen müßte. Es erscheint nicht gerechtfertigt, diese Fiktion über ihren Zweck hinaus auch für das vermögensrechtliche Verhältniß zwischen einem Miterben und seinem Ehegatten gelten zu lassen in der Weise, daß das Ergebniß der Theilung dafür maßgebend wäre, ob ein Ehegatte, dem während der Ehe eine Erbschaft anfällt, Mobilien oder Immobilien geerbt habe. In dieser Beziehung erscheinen die Bestimmungen der Art. 1401 ff. Code civil maßgebend, gemäß denen anzunehmen ist, daß der Bestand der Erbmasse zur Zeit des Anfalls der Erbschaft darüber entscheidet, ob und wieviel der Ehegatte an Mobilien oder Immobilien geerbt habe, nicht aber das mehr oder weniger vom Zufalle abhängige Ergebniß einer späteren Theilung. Art. 1401 a. a. O. bestimmt, daß in die Gütergemeinschaft falle alles Mobilarvermögen, welches dem Ehegatten während der Ehe als Erbschaft anfällt, und in gleicher Weise schließt Art. 1404 a. a. O. alles Immobilarvermögen von der Gütergemeinschaft aus, welches dem Ehegatten während der Ehe als Erbschaft anfällt, und es ist anzunehmen, daß das Gesetz hier, wie es dem natürlichen Wortsinne entspricht, an den Anfall der Erbschaft und nicht an das Ergebniß der späteren Theilung gedacht hat.

Diese Ansicht fand sowohl im älteren Rechte, als unter der Herrschaft des Code civil ihre Vertheidiger und ihre Gegner; jedoch sind selbst die Letzteren darin einig, daß Art. 883 a. a. O. wenigstens dann nicht anwendbar sei, wenn es sich um Zahlung einer Herausgabe (soulte) auf eine Liegenschaft handle, in welchem Falle diese Herausgabe an Stelle der Sache trete. Vergleiche Art. 1408 Code civil.

Auch nach dieser Ansicht würde im vorliegenden Falle die Entscheidung gerechtfertigt sein, u. s. w.

Reichsgericht. Sitzung vom 30. März 1886.

Kostenfestsetzung. — Gebühren des Anwaltes. — Interesse der Partei an der richtigen Festsetzung. — Beschwerde des Anwalts in eigenem Namen.

Bei einem Kostenfestsetzungsbeschlusse hat auch die Partei selbst ein Interesse, mittelst Einlegung der Beschwerde eine richtige Festsetzung der Gebühren ihres Anwaltes und sonach eine Erhöhung dieser Gebühren zu verlangen.

Der Anwalt ist nicht befugt, in eigenem Namen Beschwerde gegen einen Beschluß zu erheben, welcher nur seiner Partei gegenüber ergangen ist.

Denzer-Herges — Herges.

So entschieden vom zweiten Civilsenate des Reichsgerichts, jedoch unter Verwerfung der weiteren Beschwerde gegen den Beschluß des Oberlandesgerichts vom 4. November 1885 aus folgenden

Gründen:

Das Oberlandesgericht hat durch den angefochtenen Beschluß die Beschwerde des Klägers gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß des Landgerichts zu Trier vom 26. September 1885 zurückgewiesen, weil der Beschwerdeführer an der beanspruchten Erhöhung der Kostenrechnung kein Interesse habe und eine persönliche Beschwerde seines Rechtsanwaltes nicht vorliege. Dieser Beschluß übersieht allerdings, daß bei einem Kostenfestsetzungsbeschlusse, der, wenn er von der Partei nicht angefochten wird, gegen sie in Rechtskraft erwächst und sie der Gefahr aussetzt, ihrem Anwalte Kosten zahlen zu müssen, für die sie einen Ersatz nicht beanspruchen kann, auch die Partei selbst Interesse hat, eine richtige, wenn auch höhere Festsetzung der Anwaltsgebühren zu verlangen; allein, da das Oberlandesgericht im Wesentlichen nur ausspricht, daß der Kläger keinen Grund habe, sich zu beschweren, so ist in seiner Entscheidung

ein neuer selbständiger Beschwerdegrund im Sinne des § 531 Abs. 2 der Civilprozeßordnung nicht zu finden, also weitere Beschwerde nicht statthaft (Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 4 S. 362). Gleiches gilt von der weiteren Beschwerde, welche eventuell der Rechtsanwalt persönlich eingelegt hat, und tritt hier noch der besondere Grund hinzu, daß der Anwalt nicht befugt erscheint, in eigenem Namen Beschwerde gegen einen Beschluß zu ergreifen, der nur seiner Partei gegenüber ergangen ist. Es war daher, wie geschehen, zu erkennen.

Reichsgericht. Sitzung vom 18. Dezember 1885.

Kostenfestsetzung. — Kosten des Rechtsanwaltes, welcher die Correspondenz mit dem Prozeßbevollmächtigten geführt hat. — Erstattungspflicht des Gegners.

Die Kosten eines Anwaltes, welcher die Correspondenz mit dem Prozeßbevollmächtigten der obsiegenden Partei geführt hat, sind dieser von der Gegenpartei zu erstatten, wenn sie nach den Umständen des Falles zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nothwendig waren.

Müller — Garny.

Auf die von dem Beklagten Garny gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß der Kammer für Handelssachen des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 17. März 1886 eingelegte Beschwerde setzte das Oberlandesgericht durch Beschluß vom 28. April 1886 von den in jenem Beschlusse auf 189 Mark 75 Pfg. festgesetzten Kosten den Betrag von 24 Mark ab, weil derselbe Kosten eines Anwaltes betreffe, welcher die Correspondenz mit dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers geführt habe, diese Kosten aber von dem Beklagten nach § 87 der Civilprozeßordnung nicht zu erstatten seien, wobei auf den Beschluß des Reichsgerichts im Bande 9 Seite 356 der Entscheidungen Bezug genommen wurde.

Das Reichsgericht, zweiter Civilsenat, wies die vom Kläger erhobene weitere Beschwerde gegen den Beschluß des Oberlandesgerichts vom 28. April 1886 zurück aus folgenden

Gründen:

Gegen besagten Beschluß, durch welchen von den durch Beschluß des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 17. März 1886 festgesetzten Kosten der Betrag von 24 Mark als nicht ersatzfähig gestrichen wurde, hat der Kläger weitere Beschwerde eingelegt. Dieselbe erscheint nicht begründet.

Zwar kann dem Oberlandesgerichte nicht beigepflichtet werden, wenn es annimmt, es bestehe im Hinblicke auf § 87 Abs. 2 der Civilprozeßordnung ein *rechtliches* Hinderniß, die in Frage stehenden Kosten des Anwaltes, welcher die Correspondenz mit dem Prozeßbevollmächtigten führt, der unterliegenden Partei in Anrechnung zu bringen; denn allerdings sind auch Kosten dieser Art ersatzfähig, wenn sie nach den Umständen des Falles zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung *nothwendig* erscheinen (§ 87 Abs. 1 der Civilprozeßordnung), wenn insbesondere eine Partei ihrer Persönlichkeit und der Natur des Rechtsstreites nach nicht im Stande war, *selbst* ihren Prozeßbevollmächtigten *brieflich* zu instruiren, also die Vermittelung eines Rechtsverständigen nur dazu diente, die noch höheren Kosten einer Reise der Partei an den Gerichtssitz zu ersparen. Ein Fall dieser Art erscheint jedoch nicht gegeben. Der in Frage stehende Rechtsstreit war so einfach, daß es der Vermittelung eines Rechtsverständigen zur Instruirung des Prozeßbevollmächtigten nicht bedurfte, vielmehr der Kläger selbst im Stande war, diesem alle zur Durchführung der Sache nöthigen Aufschlüsse zu geben.

Es war daher, wie geschehen, zu beschließen.

Reichsgericht. Sitzung vom 18. Mai 1886.

Schadensersatz. — Verschulden („faute") im Sinne des Art. 1382 des B. G.-B. — Rechtsirrthum.

Steht für den Kläger fest, daß der Beklagte durch ein widerrechtliches Handeln, dessen nachtheiliger Erfolg demselben bewußt war, ihm Schaden zugefügt hat, so sind die Voraussetzungen des Art. 1382 des B. G.-B. (einer „faute") in objektiver und subjektiver Beziehung gegeben; es ist demnach

Sache des Beklagten, diejenigen Thatsachen anzugeben, welche sein widerrechtliches Handeln entschuldigen sollen.

Derjenige, welcher sich auf einen Rechtsirrthum beruft, hat sowohl dessen Vorhandensein, als auch dessen Entschuldbarkeit darzuthun.

Weigand — Salomon.

Durch einen zwischen den Parteien geführten, durch reichsgerichtliches Urtheil vom 6. Februar 1885 entschiedenen Rechtsstreit*) ist festgestellt: Kläger Salomon hat für die zu seinem Gebäude gehörige Küche durch Ersitzung zwei Aussichtsfenster erworben; die Beklagten Eheleute Weigand haben unmittelbar an die Wand, in welcher diese Fenster sich befinden, eine Mauer angebaut, welche denselben Licht und Luft entzieht. Kläger hat eine Negatorienklage erhoben, mit welcher er vom Landgerichte zu Coblenz am 2. März 1883 deshalb abgewiesen worden ist, weil mit der Erwerbung von Aussichtsfenstern noch kein Verbotsrecht gegen das Bauen begründet sei. Mit Urtheil vom 15. März 1884 hat das Oberlandesgericht abändernd erkannt und die Beklagten zur Entfernung des Anbaues auf 19 Dezimeter von der Mauer des klägerischen Hauses und zu einer näher zu liquidirenden Entschädigung verurtheilt. Durch das erwähnte reichsgerichtliche Urtheil ist dieser letztere Theil der Entscheidung aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung darüber an das Oberlandesgericht zurückverwiesen worden, weil das nach Art. 1382 des B. G.-B. erforderliche subjektive Moment der faute nicht festgestellt sei.

In der weiteren Verhandlung beschränkte Kläger sich auf Rechtsausführungen. Die Beklagten erboten das Zeugniß zweier Rechtsanwälte und eines Baumeisters darüber, daß sie sich vor dem Baue wiederholt bei denselben erkundigt hätten, ob dem Kläger ein Recht dagegen zustehe, und daß diese Zeugen übereinstimmend dies verneint hätten. Zugleich beriefen sie sich auf einen bereits in erster Instanz behaupteten Vergleich und schoben den Eid darüber zu. Betreffs dieser Einrede war im früheren Urtheile des Berufungsgerichts festgestellt worden,

*) Vergl. Rhein. Archiv Bd. 75 Abth. 3 S. 108 und Bd. 74 Abth. 1 S. 82.



beide Theile hätten übereinstimmend erklärt, daß die Vergleichsverhandlungen zu keinem Resultate geführt hätten. Der hiergegen im Revisionsverfahren erhobene Angriff ist für unbegründet erklärt worden.

Mit dem weiteren Urtheile vom 25. April 1885 hat das Oberlandesgericht die Beklagten wiederholt zum Schadensersatze und zu den Kosten verurtheilt.

Diese Entscheidung beruht auf folgenden Gründen: „Daß das Verbauen der in dem Hause des Klägers befindlichen Fenster sich als ein rechtswidriger Eingriff in die klägerischen Rechte darstellt, steht rechtskräftig fest. Ebensowenig kann es einem Zweifel unterliegen und ist beklagtischer Seits auch bei der letzten mündlichen Verhandlung nicht bestritten worden, daß durch das Verbauen der Fenster dem Kläger ein Schaden erwachsen ist, und daß die Beklagten, als sie den Neubau ausführen ließen, sich bewußt waren, daß dadurch dem Kläger ein Nachtheil entstehen würde. Damit waren aber für den Kläger die Voraussetzungen des Art. 1382 des B. G.-B. in objektiver und subjektiver Beziehung gegeben, und war es Sache der Beklagten, wenn sie dessen ungeachtet behaupteten, daß sie der Vorwurf eines Verschuldens nicht treffe, die für die Richtigkeit dieser Behauptung sprechenden Beweise zu erbringen. Ausweise des Thatbestandes des Urtheiles erster Instanz und des früheren Urtheiles dieser Instanz hatten die Beklagten nach dieser Richtung hin keine Beweise erboten. Gegenwärtig erbieten sie nun einen Beweis dahin, daß drei Rechtskundige, deren Auskunft eingeholt worden sei, unter Berufung auf eine constante Praxis den projektirten Neubau für zulässig erklärt hätten, und daß die Beklagten, indem sie dem Gutachten Glauben geschenkt, dadurch in einen Rechtsirrthum versetzt seien. Allein ein solcher Rechtsirrthum, selbst wenn er erwiesen wäre, kann die Beklagten im Sinne des Art. 1382 nicht exculpiren. War die Entscheidung der Frage, um die es sich handelte, eine Controverse, so durften die Beklagten darauf, daß zu der damaligen Zeit die Judikatur, welche sich zu Gunsten der Beklagten aussprach, die überwiegende war, allein sich nicht verlassen. Es war vielmehr in solchem Falle angezeigt, daß die Beklagten, nachdem der Kläger gegen den beabsichtigten Neubau Widerspruch erhoben hatte, über das streitig gewordene Rechtsverhältniß zunächst im Wege einer

Feststellungs- (Confessorien-) Klage entscheiden ließen. Dadurch aber, daß die Beklagten sofort zu dem in Rede stehenden Neubau übergingen, handelten sie im Bewußtsein eigener Gefahr und müssen somit auch die daraus entstehenden Folgen tragen. Wenn sodann die Beklagten in zweiter Linie wieder auf den zwischen ihnen und dem Kläger abgeschlossenen Vergleich zurückkommen, so ist bereits in dem Thatbestande des Urtheiles dieser Instanz vom 15. März 1884 auf Grund der von den Beklagten abgegebenen Erklärung festgestellt worden, daß der Vergleich zu einem definitiven Abschlusse nicht gelangt ist. Damit ist aber eine nochmalige Prüfung der Frage bezüglich des Zustandekommens des Vergleichs von selbst ausgeschlossen, und bedarf es wohl keiner weiteren Ausführung, daß, wenn die Beklagten auf Grund eines solchen blos projektirten Vergleiches hin den Neubau haben aufführen lassen, dieses ihnen nicht zur Entschuldigung gereichen kann".

Die Beklagten legten gegen dieses Urtheil Revision ein. Dieselbe wurde indessen vom zweiten Civilsenate des Reichsgerichts zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die Revisionskläger greifen die Feststellungen, daß sie durch ein widerrechtliches Thun den Kläger beschädigt haben und zwar im Bewußtsein, daß durch ihr Handeln ein Nachtheil entstehen werde, nicht an; ihre Angriffe sind vielmehr nur dagegen gerichtet, daß eine Schuld (faute) auf ihrer Seite angenommen worden ist. Ihre Ausführungen können aber für begründet nicht erachtet werden.

Was zunächst den Ausspruch des Berufungsgerichts betrifft, daß die Beklagten die für die Richtigkeit ihrer Behauptungen, daß sie ein Verschulden nicht treffe, sprechenden Beweise zu erbringen hätten, so kann hierin ein Rechtsirrthum nicht erkannt werden; denn, nachdem für den Kläger feststeht, daß ihm die Beklagten durch ein widerrechtliches Handeln, dessen nachtheiliger Erfolg ihnen bewußt war, Schaden zugefügt haben, ist es um so mehr Sache der Beklagten, die Thatsachen anzugeben, welche ihr widerrechtliches Vorgehen entschuldigen sollen, als es sich im gegebenen Falle nur um einen Rechtsirrthum handeln kann. Von diesem mag dahingestellt bleiben, wiefern er an sich das Verschulden (faute) ausschließen

könne; jedenfalls hat derjenige, welcher sich auf ihn beruft, sowohl dessen Vorhandensein, als auch dessen Entschuldbarkeit darzuthun. Das Berufungsgericht verneint nun aber, daß die von den Beklagten geltend gemachten Thatsachen geeignet seien, deren einseitiges Vorgehen vom Vorwurfe der Schuldhaftigkeit zu befreien, und in der bezüglichen Ausführung ist um so weniger eine Gesetzesverletzung anzunehmen, als die Schadensersatzpflicht aus widerrechtlichem Handeln schon durch ein geringes Verschulden begründet wird.

Die Revision war hiernach zurückzuweisen, und mußten gemäß § 92 Civilprozeßordnung den Revisionsklägern die durch dieselbe verursachten Kosten zur Last gelegt werden.

Reichsgericht. Sitzung vom 12. Januar 1886.

Cession. — Garantie für den Eingang der cedirten Forderung. — Umfang dieser Garantieverbindlichkeit. — Beweislast.

Der Cedent, welcher die Garantie für den Eingang der cedirten Forderung übernimmt, haftet — abgesehen von den Beitreibungskosten — in Gemäßheit der Bestimmung des Art. 1694 des B. G.-B. nur bis zur Höhe des ihm gezahlten Cessionspreises.

Behauptet der Cedent, daß der gegen ihn eingeklagte Betrag den erhaltenen Cessionspreis übersteige, so trifft den Cessionar bezüglich der Höhe dieses Cessionspreises die Beweislast.

Gotthelf — Konkursmasse Kluse.

Durch Akt vom 26. Mai 1875 cedirte der Kaufmann Joseph Wilhelm Kluse dem Rentner Abraham Gotthelf unter Garantie für den Eingang eine ihm wider die in Gütern getrennte Ehefrau Sebastian Bier zustehende Forderung von 30000 Mark mit Zinsen unter der Bescheinigung, den dem Betrage nach nicht angegebenen Cessionspreis empfangen zu haben. Für die Forderung waren zwei Häuser zu Ehrenfeld zur Hypothek bestellt. Diese Häuser wurden in der Folge subhastirt. In dem eingeleiteten Collokationsverfahren meldete

Gotthelf seine Forderung zum Betrage von 35085 Mark 47 Pfg. an, erhielt aber nur für 20544 Mark 90 Pfg. nützliche Anweisung. Seine wider die Ehefrau Bier eingeleiteten Exekutionsversuche, deren Kosten 476 Mark 96 Pfg. betrugen, blieben ohne Erfolg. Auf Grund dieser Thatsachen verlangte er durch eine am 7. Juli 1883 zugestellte Klage die Verurtheilung des Cedenten zum Ersatze des Ausfalles von 15017 Mark 53 Pfg. nebst Zinsen.

Ueber das Vermögen des Beklagten wurde am 6. Oktober 1883 der Konkurs eröffnet und durch Zustellung vom 10. Mai die unterbrochene Instanz durch den Konkursverwalter wieder aufgenommen.

Kläger änderte nunmehr seinen Antrag dahin ab, es möge festgestellt werden, daß ihm gegen die Konkursmasse eine Forderung von 15017 Mark 53 Pfg. nebst Zinsen zustehe.

Durch Urtheil vom 26. November 1884 stellte das Landgericht fest, daß dem Kläger dieser Betrag von 15017 Mark 53 Pfg. gegen die Konkursmasse zustehe mit Zinsen zu 5 Prozent von 14540 Mark 57 Pfg. seit dem 10. Oktober 1880 und vom Reste seit dem Tage der Klage.

Gegen dieses Urtheil legte der Beklagte Berufung ein und machte neben einer anderen, hier nicht interessirenden Einrede zur Begründung derselben geltend, der Kläger habe für die cedirte Forderung in Wirklichkeit nicht 30000 Mark, sondern nur 22474 Mark 34 Pfg bezahlt, der Cedent hafte daher nach Art. 1694 des B. G.-B. nur für diesen Betrag. Das Oberlandesgericht erachtete in seinem Urtheile vom 4. März 1885 diese Einrede für begründet und stellte demgemäß, indem es weiterhin erwog, daß der Kläger als der beweispflichtige Theil weder den Beweis geführt, noch erboten habe, daß der von ihm gezahlte Cessionspreis ein höherer sei, als der von dem Beklagten angegebene Betrag, fest, daß dem Kläger wider die Konkursmasse eine Forderung nur in Höhe von 7511 Mark 77 Pfg. nebst Zinsen zu 5 Prozent von 7034 Mark 81 Pfg. seit dem 10. Oktober 1880 und von dem Reste vom Klagetage zustehe.

Auf eingelegte Revision wurde dieses Urtheil zwar aus formellen Gründen aufgehoben; in der Sache selbst trat indessen das Reichsgericht, zweiter Civilsenat, der rechtlichen Annahme des Oberlandesgerichts bei aus folgenden

Gründen:

In materieller Beziehung rügt die Revision, daß der Berufungsrichter unter Verletzung des Art. 1694 des B. G.-B den dem Kläger zustehenden Ersatzanspruch zu niedrig berechne. Die zweite Instanz gehe nämlich, ohne die Höhe der cedirten Forderung zu berücksichtigen, davon aus, daß Kläger für die Forderung 22 474 Mark 34 Pfg. als Cessionspreis bezahlt und 476 Mark 96 Pfg. an Betreibungskosten aufgewendet habe; von dieser Summe ziehe er den Ertrag der Zwangsvollstreckung mit 15439 Mark 53 Pfg. ab und stelle demnach den Ersatzanspruch auf 7511 Mark 77 Pf. fest. Diese Berechnung beruhe auf einem Rechtsirrthume, denn der Cedent habe unter Gewährleistung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners eine Forderung von 30 000 M. cedirt, der zu ersetzende Ausfall betrage also, wie von dem ersten Richter zutreffend festgestellt werde, 15 017 Mark 53 Pfg. Beklagter habe zum Ersatze des ganzen Ausfalles verurtheilt werden müssen, der Art. 1694 beschränke die Haftpflicht des Cedenten nur in sofern, als derselbe in keinem Falle verpflichtet sei, mehr zu bezahlen, als er selbst für die Forderung erhalten habe. Falls aber diese Ausführung nicht als zutreffend anzuerkennen sei, müsse doch jedenfalls der Verlust zwischen dem Cedenten und dem Cessionar verhältnißmäßig getheilt werden. Von der ganzen Forderung sei etwa die Hälfte durch Zahlungsunfähigkeit des Schuldners in Verlust gerathen, der Cedent hafte daher für diesen Verlust mindestens bis zur Hälfte des empfangenen Cessionspreises.

Für die erstere Berechnungsart scheint zu sprechen, daß das Gewährleistungsversprechen des Cedenten eine gewisse Verwandtschaft mit der Bürgschaftsleistung hat (Art. 2011), und daß die Cession von dem Gesetze als eine Art des Kaufvertrages aufgefaßt wird, für welchen Art. 1630 bestimmt, daß im Falle der Entwährung der Verkäufer nicht nur den Kaufpreis zu erstatten, sondern auch volle Schadloshaltung, welche nach Art. 1149 den entzogenen Gewinn in sich begreift, zu leisten verpflichtet sei. Diese Gründe sind aber nicht entscheidend; denn das Gesetz hat die Ersatzpflicht des Cedenten in Abweichung von den angeführten Regeln selbständig geordnet. Dazu handelt es sich nicht um eine Entwährung, da die cedirte Forderung ihrem ganzen Umfange nach wirklich bestanden hat.

Völlig unhaltbar ist die zweite Berechnungsart, welche von Duranton (Bd. 16. Nr. 514) aufgestellt und von Troplong (Vente Nr. 947) ohne Angabe von Gründen gutgeheißen wird. Dieselbe stützt sich nur auf vermeintliche Billigkeitsgründe und findet in dem Gesetze keinen Anhalt.

Vielmehr muß die von dem Berufungsrichter aufgestellte Berechnung sowohl nach dem Wortlaute des Art. 1694, als nach der Absicht des Gesetzgebers als die zutreffende anerkannt werden.

Durch die Cession überträgt zwar der Cedent dem Schuldner gegenüber die ganze Forderung, er selbst haftet aber dem Cessionar für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners nur, wenn er dies ausdrücklich versprochen hat, und auch in diesem Falle nur bis zum Belaufe des wirklich empfangenen Cessionspreises. Hiernach ist für diese Ersatzpflicht der Nominalbetrag der Forderung ohne Bedeutung, der Cedent haftet dem Cessionar gegenüber ebenso, wie wenn er nur eine dem Cessionspreise gleichkommende Forderung übertragen hätte. Diese dem Wortlaute entsprechende Auslegung findet ihre Bestätigung in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. In der älteren französischen Gesetzgebung galt der Erwerb einer Forderung für einen deren Höhe nicht erreichenden Betrag nur dann für erlaubt, wenn die Forderung unsicher war und der Cessionar allein die Gefahr eines Ausfalles zu tragen hatte. Wenn dagegen der Cedent die Gewähr für den richtigen Eingang übernommen hatte, so wurde ein solcher Vertrag dem verbotenen Zinswucher gleichgestellt (Pothier III Nr. 578). Dieselbe Anschauung lag, wie aus den Motiven und den Verhandlungen hervorgeht (vergl. Locré Band 14) den Bestimmungen des Code civil zu Grunde. Das Gesetz betrachtet mit Ungunst denjenigen Erwerb von Forderungen, welcher nur zum Zwecke hat, die Nothlage eines Anderen auszubeuten und sich auf Kosten Anderer zu bereichern. Diesen Bestrebungen tritt es dadurch entgegen, daß es den Cessionaren die Aussicht auf Gewinn entzieht, indem es in Art. 1699 für die Uebertragung streitiger Forderungen das der Römischen lex Anastasiana entsprechende Retraktrecht des Schuldners einführt und in dem Art. 1694 bei Unsicherheit der Forderung die Ersatzpflicht des Cedenten auf den Betrag des Cessionspreises beschränkt. In beiden Fällen hat der Cessionar nicht mehr zu

fordern, als wenn ihm eine seinen Leistungen entsprechende Forderung übertragen worden wäre.

Nach dieser Auffassung des Gesetzes kann auch der wider die Regelung der Beweislast erhobene Revisionsangriff nicht als zutreffend anerkannt werden. Die Behauptung des zum Ersatze Verpflichteten, daß der Cessionspreis die Höhe der Forderung nicht erreiche, erscheint nicht als eine Einrede, sondern als ein Bestreiten des Klagegrundes, da der Nachweis des Cessionspreises die Voraussetzung der Ersatzforderung bildet.

Reichsgericht. Sitzung vom 11. Juni 1886.

Eisenbahn. — Anlage lebender Hecken am Bahnkörper in ungesetzlicher Entfernung. — Rechtsweg. — Zulässigkeit desselben.

Der Klage des durch die gesetzwidrige Anlage einer lebenden Hecke am Bahnkörper einer Eisenbahn in seinem Privatrechte beeinträchtigten Eigenthümers eines Nachbargrundstücks kann die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges nicht entgegengesetzt werden, wenn der Unternehmer ohne Anordnung der Verwaltungsbehörde thatsächlich in die Nachbarrechte eingegriffen hat. Das Gericht kann auf Beseitigung der Hecke erkennen.

Königl. Eisenbahn-Direktion (linksrheinische) zu Köln. — Heckschen und Gen.

Die Rheinische Eisenbahngesellschaft hat ihren Bahnkörper innerhalb des Gemeindebezirks von Oppum gegen mehrere Nachbargrundstücke durch lebende Hecken abgesperrt. Unter der Behauptung, daß diese Hecken zu nahe an die Grenze gerückt seien, klagten mehrere Besitzer der anstoßenden Grundstücke, unter diesen namentlich auch der Mathias Heckschen und die Geschwister Grüters, im Juni 1879 beim Königl. Landgerichte zu Düsseldorf wider die Eisenbahngesellschaft mit dem Antrage, die Verklagte für nicht berechtigt zu erklären, die Hecken auf ihren Grundstücken da, wo dieselben die klägerischen Grundstücke

berührten, in einer geringeren Entfernung, als 2½ Fuß von der Grenze aufrecht zu erhalten, demgemäß die Verklagte zu verurtheilen, die Hecken zu entfernen, jedenfalls auf die angegebene Entfernung zurückzuziehen, anderenfalls die Kläger zur Entfernung der Hecken zu ermächtigen, endlich dieselbe zu Schadensersatz zu verurtheilen.

Nachdem das Landgericht unter Verbindung der Sachen die Kläger zum Beweise des von denselben behaupteten Ortsgebrauchs, wonach die Anlage lebender Hecken nur in einer Entfernung von 2½ Fuß von der Grenze zulässig sei, zugelassen hatte, erkannte dasselbe nach Beendigung der Beweiserhebung auf Abweisung der Klage.

Gegen diese Entscheidung legten Heckschen und die Geschwister Grüters Berufung ein, indem sie nur mehr die Verurtheilung zur Zurücksetzung der Hecken auf die gesetzliche Entfernung, sowie zu einem näher zu liquidirenden Schadensersatze begehrten. Die Verklagte stellte den Antrag, die Berufung wegen Nichtigkeit des Appellaktes und wegen Unstatthaftigkeit der Klage, eventuell aber als unbegründet zu verwerfen, indem sie subsidiarisch Beweis durch eine amtliche Auskunft der Regierung zu Düsseldorf und eventuell durch Schriften und Zeugen darüber erbot, daß seitens der Königl. Regierung die streitige Anlage der Hecken, sei es bei der Planfeststellung, sei es bei der landespolizeilichen Revision der Bahnanlage vor der Betriebseröffnung, revidirt und genehmigt worden sei.

Durch Urtheil vom 25. Februar 1885 ließ das Oberlandesgericht unter Verwerfung der Einreden der Nichtigkeit des Appellaktes und der Unstatthaftigkeit der Klage die Kläger zum Expertenbeweise darüber zu, daß die Hecken stellenweise in einer geringeren, als der gesetzlichen Entfernung von einem halben Meter von den Grenzen ihrer Grundstücke angelegt seien.

Der an die Stelle der Eisenbahngesellschaft getretene Preußische Fiskus, vertreten durch die Königl. Eisenbahn-Direktion (linksrheinische), legte gegen dieses Urtheil insoweit Kassationsrekurs ein, als die Einrede der Unstatthaftigkeit der Klage verworfen worden sei, und wurde dieser Rekurs auf Verletzung der Art. 538, 671 und 672 des B. G.-B., der §§ 8 Nr. 5 und 14 des Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838, des § 14 des Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874, des § 4 des Bahnpolizeireglements vom 3. Juni 1870 und

des § 19 des Ressortreglements vom 20. Juli 1818 gegründet. Zur Rechtfertigung des Rekurses wurde geltend gemacht: Bahneinfriedigungen gehörten zu den wesentlichen Pertinenzien des Bahnkörpers und dienten zum Schutze des Bahnkörpers und des Publikums, sie theilten daher die rechtliche Natur der Bahnanlagen als einer öffentlichen Straße und seien, wie diese, res extra commercium. Hierdurch werde jeder dingliche Anspruch aus Privatrechtstiteln ausgeschlossen. So wenig es zuläßig sei, einen Theil des Bahnkörpers auf Grund eines bestehenden Privateigenthums zu vindiziren, ebensowenig könne ein die Substanz des Bahnkörpers und seiner Zubehörungen angreifendes dingliches Recht mit der Wirkung geltend gemacht werden, daß eine Aenderung an dem thatsächlich bestehenden Bahnkörpertheile gerichtlich angeordnet werden solle. Es sei daher unzuläßig, die Kassirung oder Zurückziehung der Hecken im Rechtswege zu begehren, und eine Zuwiderhandlung gegen Art. 671 des B. G.-B. könne nur einen Entschädigungsanspruch begründen. Die Eigenschaft des Bahnkörpers und seiner Pertinenzien stelle denselben unter die Administrativgewalt. Es komme nicht darauf an, ob die Regierung die Anlage der Hecken angeordnet habe, das thatsächliche Vorhandensein der ein Zubehör des Bahnkörpers bildenden Hecken genüge zur Ausschließung der auf Art. 671 und 672 des B. G.-B. begründeten Klage.

Es erging folgendes vom zweiten Civilsenate des Reichsgerichts erlassenes

Urtheil:

J. E., daß das Eigenthum an einem Grundstücke nach Art. 671 des B. G.-B. kraft Gesetzes das Recht in sich schließt, die Anlagen von Hecken auf dem Nachbargrundstücke innerhalb einer gewissen Entfernung von der Grenze zu verbieten, und dem Eigenthümer dieses Recht ebenso, wie das Eigenthum selbst, nur im gesetzlichen Wege zu Zwecken des öffentlichen Nutzens entzogen werden kann;

Daß das Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 den Bezirksregierungen die Leitung und Durchführung der Enteignung überträgt, und dieselben, soweit nicht bereits die Königliche Verordnung Bestimmungen getroffen hat, sowohl über Gegenstand, Umfang und Zeit der Enteignung, als über

diejenigen Anlagen Beschluß zu fassen haben, welche dem Unternehmer im öffentlichen Interesse und im Interesse der benachbarten Grundstücke obliegen, während den Gerichten nur die Entscheidung über die von dem Unternehmer zu leistende Entschädigung zusteht;

Daß hiernach die Grenze für die Zulässigkeit des Rechtsweges durch die von der Verwaltungsbehörde gefaßten Beschlüsse, nicht aber durch die von dem Unternehmer ohne Anordnung der zuständigen Behörde thatsächlich getroffenen Einrichtungen bestimmt wird;

Daß daher der Klage des in seinem Privatrechte beeinträchtigten Eigenthümers eines Nachbargrundstücks die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges nicht entgegengesetzt werden kann, wenn der Unternehmer ohne Anordnung der Verwaltungsbehörde thatsächlich in die Nachbarrechte eingegriffen hat;

Daß in vorliegender Sache der Berufungsrichter dem unbestimmten Beweiserbieten der Verklagten gegenüber ohne Rechtsirrthum thatsächlich feststellt, daß bei der Planfestsetzung die Revision und Genehmigung bereits vorhandener Hecken nicht stattfinden konnte und eine unter Verletzung des Art. 671 beabsichtigte Anlage von der Regierung keinesfalls genehmigt worden wäre, die spätere Revision und Genehmigung aber sich auf die Feststellung einer genügenden Absperrung beschränkt habe;

Daß eine der Regierung noch immer zustehende Anordnung, nach welcher die Heckenanlage auf der thatsächlich gewählten Linie bestehen bleiben solle, nicht behauptet wird;

Daß demnach in dem Enteignungsverfahren ein Grund für die Ausschließung des Rechtsweges nicht zu finden ist;

Daß es nicht zutreffend erscheint, wenn der Kassationsrekurs die Unzuläßigkeit des Rechtsweges aus der Pertinenzqualität der Heckenpflanzung zu dem dem Verkehre entzogenen Bahnkörper und zu einer öffentlichen Straße herzuleiten versucht, indem es nur der zuständigen Behörde, nicht aber dem Unternehmer zusteht, eine Sache oder ein Recht dem Verkehre zu entziehen;

Daß daher das Gericht nicht auf die Ermittelung der den Klägern zustehenden Entschädigung beschränkt ist, sondern auch auf Beseitigung der durch eine Anordnung der zustehenden Behörde nicht geschützten und für den Betrieb der Bahn nicht unbedingt nothwendigen Anlage zu erkennen ebenso befugt,

wie verpflichtet erscheint, wenn dadurch ein unberechtigter Eingriff in das Privatrecht der Kläger geschehen ist;

Daß die Berufung auf den § 19 des Ressortreglements keinen Erfolg haben kann, indem derselbe die hier nicht vorliegende Entscheidung der Regierung voraussetzt;

Daß demnach der Kassationsrekurs als unbegründet erscheint;

Aus diesen Gründen

verwirft das Reichsgericht, zweiter Civilsenat, den wider das Urtheil des Königl. Oberlandesgerichts zu Köln vom 25. Februar 1885 eingelegten Kassationsrekurs.

Reichsgericht. Sitzung vom 5. Januar 1886.

Ref.: H. R.-G.-Rath Iser.

Rechtsanwälte: Dorn — Mecke.

Strafsache. — Sonntagsfeier. — Störung derselben. — Polizeiverordnung der Königl. Regierung zu Düsseldorf vom 14. Dezember 1853. — Aushängen und Ausstellen von Waaren und von Schaukasten.

Der § 5 der Polizeiverordnung der Königl. Regierung zu Düsseldorf vom 14. Dezember 1853, welcher „das Aushängen und Ausstellen von Waaren und von Schaukasten" an Sonn- und Festtagen während des ganzen Tages verbietet, ist auf das Aushängen und Ausstellen nicht nur solcher Gegenstände anwendbar, welche als selbstverkäuflich oder als Proben verkäuflicher Gegenstände dem eigentlichen Handelsverkehr dienen, sondern auch solcher, welche ihrer Bestimmung nach dem Gewerbeverkehr im Allgemeinen dadurch förderlich sein sollen, daß sie als Proben der Leistungsfähigkeit das Publikum zur Ertheilung von Aufträgen anreizen sollen und zu diesem Zwecke zur Schau gestellt sind.

Strafsache gegen Schaar.

So entschieden vom Strafsenate des Kammergerichts unter Aufhebung des Urtheiles der Strafkammer des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 7. Januar 1886 aus folgenden

Gründen:

Der Angeklagte, welcher durch Urtheil des Königl. Schöffengerichts zu Düsseldorf vom 16. Oktober 1885 der Uebertretung des § 5 der Polizeiverordnung der Königl. Regierung zu Düsseldorf vom 14. Dezember 1853 und des § 366 Nr. 1 Reichs-Strafgesetzbuchs in zwei Fällen für schuldig erachtet und wegen eines jeden Falles zu einer Geldstrafe von 3 Mark, im Unvermögensfalle zu einer Haftstrafe von 1 Tage verurtheilt worden war, ist auf seine gegen diese Entscheidung eingelegte Berufung durch Urtheil der zweiten Strafkammer des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 7. Januar 1886 unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urtheiles von beiden ihm zur Last gelegten Uebertretungen freigesprochen worden.

Die von der Königl. Staatsanwaltschaft gegen das freisprechende Erkenntniß eingelegte und auf Verletzung der oben genannten gesetzlichen Bestimmungen gestützte Revision ist begründet.

Das Berufungsgericht stellt thatsächlich fest, daß der Angeklagte an den beiden Sonntagen, dem 6. und 27. September 1885, an einem auf die Schadowstraße zu Düsseldorf mündenden Fenster zur Besichtigung durch das Publikum bestimmte Photographien ausliegen gehabt hat.

Aus dem ferneren Inhalte der Urtheilsgründe ergibt sich auch, daß der Vorderrichter für erwiesen ansieht, daß der Angeklagte mit Photographien keinen Handel trieb, sondern solche nur auf jeweilige Bestellung anfertigte und an den Besteller derselben verabfolgte, daß aber die ausgelegten Photographien dem Publikum Proben von der Art der Ausführung vorführen sollten.

Der § 5 der Verordnung vom 14. Dezember 1853 untersagt nun im Absatze 1 den gewerblichen Verkehr während der Dauer des vor- und nachmittägigen Hauptgottesdienstes an Sonn- und Festtagen, ordnet dann im 2. Absatze an, daß alle Läden, Waarenlager, Magazine und Buden während dieser Zeit geschlossen sein müssen, und fährt dann im 3. Absatze fort: „Das Aushängen und Ausstellen von Waaren, desgleichen von Schaukasten, das Betreiben des Kaufs und Verkaufs in öffentlich auffälliger Weise und des Hausirhandels ist während des ganzen Tages unbedingt untersagt."

Dem Vorderrichter ist nun darin beizutreten, daß Absatz 1 und 2 des § 5 l. c. auf den von ihm festgestellten Sachverhalt

keine Anwendung finden. An dem Thatbestande des Absatzes 2 fehlt es insbesondere schon deshalb, weil die daselbst angeordnete Schließung der bezeichneten Lokalitäten sich nur auf deren Zugänge bezieht. Wenn aber der Vorderrichter auch einen Verstoß gegen Absatz 3 des fraglichen Paragraphen aus dem doppelten Grunde für ausgeschlossen erachtet, weil derjenige, der nicht mit Photographien Handel treibe, sondern solche nur auf Bestellung anfertige, keine Waaren ausstelle, wenn er die dem Publikum als Probe vorzuführenden Photographien an's Fenster lege, weil aber auch aus dem ganzen Zusammenhange der bezüglichen Bestimmungen und aus der Bezugnahme des § 6 l. c. auf den Absatz 3 des § 5 folge, daß hier nur das Aushängen und Ausstellen von Waaren draußen, auf oder an der Straße oder doch mindestens in offenen Hausfluren gemeint sei, so gibt er damit der bezüglichen Vorschrift des Absatzes 3 eine rechtsirrthümliche Auslegung.

Indem die Verordnung vom 14. Dezember 1853 in § 5 ganz allgemein den gewerblichen Verkehr während der Dauer des Hauptgottesdienstes an Sonn- und Festtagen verbietet, den Schluß aller Läden, Waarenlager, Magazine und Buden während dieser Zeit vorschreibt und das Aushängen und Ausstellen von Waaren, „desgleichen von Schaukasten“ während des ganzen Tages unbedingt untersagt, gibt sie deutlich zu erkennen, daß sie unter dem im Absatz 3 daselbst gebrauchten Ausdruck „Waaren“ nicht nur Gegenstände verstanden wissen will, welche als selbstverkäuflich oder als Proben verkäuflicher Gegenstände dem eigentlichen Handelsverkehr dienen, sondern auch solche, welche ihrer Bestimmung nach dem Gewerbeverkehr im Allgemeinen dadurch förderlich sein sollen, daß sie als Proben der Leistungsfähigkeit das Publikum zur Ertheilung von Aufträgen an den Gewerbetreibenden anreizen sollen und zu diesem Zwecke zur Schau gestellt sind. Hierfür spricht namentlich auch die neben dem Verbote des Ausstellens von Waaren getroffene besondere Bestimmung, daß Schaukasten nicht ausgestellt werden sollen. Unerfindlich ist ferner, warum unter dem „Aushängen und Ausstellen“ von Waaren und Schaukasten nur ein solches verstanden sein soll, welches „draußen, auf oder an der Straße oder in offenen Hausfluren“ stattfindet. Weder Wortlaut, noch Tendenz des § 5 l. c. sprechen für diese einschränkende Interpretation, und auch aus § 6 l. c., welcher

bestimmt, daß, wenn concessionirte Jahrmärkte an Sonn- und Festtagen stattfinden, die im Schlußsatze des § 5 enthaltenen Beschränkungen für die zwischen dem vor- und nachmittägigen Hauptgottesdienste liegende Zeit, sowie nach dem Schlusse des letzteren fortfallen, läßt sich die Ansicht des Berufungsrichters nicht begründen.

Sonach enthält die dem Beklagten zur Last gelegte That die sämmtlichen Merkmale des § 5 Abs. 3 l. c.

Das Berufungsurtheil war demnach aufzuheben.

Da die ihm zu Grunde liegenden Feststellungen bestehen bleiben und, ohne daß es weiterer thatsächlicher Erörterung bedurfte, das Revisionsgericht in Uebereinstimmung mit dem Antrage der Oberstaatsanwaltschaft die gemäß § 13 der Polizeiverordnung vom 14. Dezember 1853 und § 366 Nr. 1 des R.-Str.-G.-B. gesetzlich niedrigste Strafe für angemessen erachtete, so war, gemäß § 394 Str.-Pr.-O. und auf Grund der §§ 27, 28, 29, 78 Str.-G.-B., wie geschehen, zu erkennen.

Strafsenat des Kammergerichts. Sitzung vom 8. April 1886.

Hauptforderung. — Gegenforderung. — Compensationseinrede. — Rechtlicher Zusammenhang der Haupt- und der Gegenforderung. — Rechtshängigkeit. — Trennung der Verhandlung. — Charakter des Urtheiles über die Hauptforderung.

Fehlt es der im Wege der Compensation der Hauptforderung gegenüber geltend gemachten Gegenforderung an der nach der materiell-rechtlichen Bestimmung des Art. 1291 des B. G.-B. für die (kraft Gesetzes wie eine Zahlung wirkende) compensation légale erforderlichen Liquidität und Einforderbarkeit, so steht die Vorschrift des Art. 1290, wonach die beiderseitigen Verpflichtungen, soweit sie dem Betrage nach einander gleichkommen, als erloschen anzusehen sind, und welche nur beim Vorhandensein jener Voraussetzungen des Art. 1291 cit. zur Anwendung kommen könnte, der Anordnung des Gerichts, daß über die Haupt- und die Gegenforderung in getrennten Prozessen zu entscheiden sei, nicht

im Wege. In einem solchen Falle ist vielmehr die Zulässigkeit dieser Anordnung, da die auf die Behandlung der s. g. compensation judiciaire bezüglichen, vor Einführung der Civilprozeßordnung geltend gewesenen prozessualischen Rechtsgrundsätze durch die Vorschriften dieses Gesetzbuchs ihre Bedeutung verloren haben, lediglich nach den §§ 136 Abs. 2 und 274 der Civilprozeßordnung zu beurtheilen.

Ein rechtlicher Zusammenhang zwischen der Hauptforderung und der Gegenforderung, welcher nach den §§ 136 Abs. 2 und 274 cit. eine Trennung der Verhandlung ausschließt, liegt dann vor, wenn die beiden Forderungen aus demselben Rechtsverhältnisse entsprungen sind.

Ist ein solcher rechtlicher Zusammenhang nicht vorhanden, so ist das Gericht auf Grund der §§ 274 und 136 Abs. 1 der Civilprozeßordnung befugt, die lediglich im Wege der Compensationseinrede und nicht im Wege der Widerklage geltend gemachte Gegenforderung zum besonderen Verfahren zu verweisen. In diesem Falle hat der Beklagte wegen seiner Gegenforderung besondere Klage zu erheben, indem durch die Geltendmachung der Compensationseinrede Rechtshängigkeit der Gegenforderung nicht begründet wird und das bezüglich der Hauptforderung ergangene verurtheilende Erkenntniß den Charakter einer definitiven Entscheidung trägt, nicht aber als ein unter Vorbehalt des durch die Compensationseinrede begründeten Vertheidigungsmittels ergangenes und bezüglich seiner Wirkungen in ähnlicher Weise, wie die in den §§ 502 Abs. 3 und 562 Abs. 3 der Civilprozeßordnung vorgesehenen Urtheile, beschränktes vorläufiges Endurtheil anzusehen ist.

Dübois — Prinz von Aremberg und Dommerque.

Am 25. März 1881 verkaufte der Gutsbesitzer Dommerque zu Maischoß, Rentmeister des Prinzen von Aremberg, aus den

Waldungen des Letzteren an den Holzhändler Göbel zu Battenberg 10000 Raummeter Kiefernstangenholz, den Raummeter zu 2 Mark. Göbel übertrug seine Rechte aus diesem Vertrage gegen eine Provision von $1^1/_2$ Mark für den Raummeter auf den Kaufmann Dübois zu Philippeville in Belgien, welcher gleichzeitig mit dem Dommerque einen selbständigen Vertrag schloß. Diese Uebereinkunft hatte im Wesentlichen denselben Inhalt, wie der Vertrag, den Dommerque mit Göbel geschlossen hatte. Es waren dem Dübois je 5000 Raummeter Kiefernstangen aus dem Rechnowalde und dem Weidenhardt zu liefern. Die Stämme sollten bestimmte Dimensionen haben, und die dem Dübois obliegende Hauung sollte bis zum 1. September 1882 beendigt sein. Als Dübois eine größere Anzahl Stämme gefällt hatte, wurde ihm die weitere Abnahme von Holz untersagt, weil er dem Vertrage zuwidergehandelt, insbesondere zu dünne Stämme gefällt habe, worauf er beim Landgerichte zu Coblenz gegen den Prinzen von Aremberg und Dommerque Klage auf Erfüllung des Vertrages und Schadensersatz erhob. Der dadurch eingeleitete Prozeß wurde am 12. April 1883 durch einen zwischen dem Dübois und dem Dommerque, „handelnd in eigenem Namen und als Bevollmächtigter des Prinzen von Aremberg", abgeschlossenen Vergleich beendigt, in welchem Dübois die damaligen Beklagten von der Lieferung des über die nur vorhandenen 1500 Raummeter hinaus verkauften Quantums Kiefernstangen entband, sofern Göbel mit ihm, Dübois, anerkenne, daß mehr vertragsmäßiges Holz nicht vorhanden sei, und auf seine Provision für das nicht vorhandene Quantum verzichte. Durch diesen Vertrag (§ 5) wurde zugleich dem Dübois weiteres, den Dimensionen des früheren Vertrages nicht entsprechendes Holz zum Preise von 2 Mark 80 Pfg. für den Raummeter verkauft, und wurde (im § 10) bestimmt, daß, wenn Göbel, welcher inzwischen gegen den Dübois beim Landgerichte zu Neuwied Klage auf Bezahlung seiner Provision erhoben hatte, das Recht zugesprochen werden sollte, auch von dem den vertragsmäßigen Dimensionen nicht entsprechenden Holze diese Provision zu verlangen, Dübois nur 2 Mark für den Raummeter bezahlen solle. Nach § 6 des Vertrages hatte Dübois mit dem Hauen sofort zu beginnen und dasselbe bis Ende des Jahres 1884 zu beendigen. Die Zahlung hatte nach § 8 vor dem Weg-

fahren des Holzes, wenn ungefähr 1000 Meter vermessen seien, zu erfolgen und zu diesem Zwecke Dommerque vorher Faktura zu ertheilen.

Im Mai 1884 erhob Dübois gegen den Prinzen von Aremberg und den Dommerque beim Landgerichte zu Coblenz Klage und verlangte: 1) daß die Beklagten solidarisch verurtheilt würden, ihm die von ihm gefällten, auf dem Arembergischen Boden ruhenden 1400 1/2 Raummeter Kiefernholz, dessen Ablieferung ihm verweigert werde, zu verabfolgen und wegen der bisherigen Vorenthaltung und des Verderbs des Holzes eine näher zu liquidirende Entschädigung zu bezahlen, 2) Feststellung, daß der von ihm hierfür zu zahlende Preis mit Rücksicht darauf, daß er dem Göbel gegenüber zur Zahlung von Provision verurtheilt worden sei, für den Raummeter nur 2 Mark betrage, 3) ferner Aufrechnung der von ihm an Göbel gezahlten Provision, soweit sie die vorhandenen 1500 Raummeter vertragsmäßigen Holzes übersteige, auf den von ihm geschuldeten Kaufpreis von höchstens 2800 Mark, 4) endlich Verurtheilung der Beklagten zum Ersatze von 561 Mark 5 Pfg. als Mehrbetrag seines Schadens.

Die Beklagten bestritten die Klage mit der Behauptung, daß dem Kläger die gekauften Stämme durch Anweisung überliefert worden seien; sie bestritten ferner das vom Kläger beanspruchte Recht auf Compensation und Ersatzforderung auf Grund der an den Göbel geleisteten Zahlungen und machten geltend, daß Kläger verpflichtet sei, für den Raummeter des gefällten Holzes mindestens 2 Mark zu zahlen und den durch sein Verhalten entstandenen Schaden zu ersetzen. Demgemäß beantragten sie Abweisung der Klage, sowie im Wege der Widerklage Verurtheilung des Klägers zur Bezahlung des Kaufpreises des gefällten Holzes mit 2800 Mark und zum Ersatze des durch die Nichtabnahme des Holzes dem Walde entstandenen, durch einen Sachverständigen näher zu ermittelnden Schadens.

Das Landgericht wies durch Theilurtheil vom 14. März 1885, indem es im Wesentlichen den Ausführungen der Beklagten beitrat, die Hauptklage ab und verurtheilte auf die Widerklage den Kläger, an den Beklagten Prinzen von Aremberg den Kaufpreis von 2800 Mark zu zahlen; die Entscheidung über den von demselben erhobenen Schadensersatzanspruch und die Kosten wurden einem weiteren Urtheile vorbehalten.



Gegen dieses Urtheil legte der Kläger und Widerbeklagte Berufung ein und beantragte Zusprechung der Hauptklage und Abweisung der Widerklage. Die Beklagten und Widerkläger beantragten Zurückweisung der Berufung und im Wege der Anschlußberufung Erhöhung des zur Widerklage zugesprochenen Kaufpreises des gefällten Holzes auf 3921 Mark, weil der Kläger auf Herabsetzung des Preises auf 2 Mark für den Raummeter keinen Anspruch habe.

Durch Urtheil des Oberlandesgerichts vom 31. Oktober 1885 wurden die Berufung, wie die Anschlußberufung verworfen. Bezüglich des von dem Kläger zum Zwecke der Bekämpfung der Widerklage geltend gemachten Compensationsanspruchs führt das Oberlandesgericht aus: Derselbe sei zwar nicht, wie die Beklagten behaupteten, nach § 491 Satz 2 der Civilprozeßordnung als unzulässig anzusehen, da er bereits in erster Instanz geltend gemacht worden; aber dieser Anspruch, der im Vergleiche nicht ausdrücklich anerkannt sei, und bezüglich dessen die Beklagten eine Reihe von erheblichen, zum Theil unter Beweis gestellten Einwendungen erhoben hätten, sei nicht insoweit liquid, daß er der im Betrage von 2800 Mark unbestrittenen Kaufgeldforderung mittelst Aufrechnung entgegengesetzt werden könne (Art. 1291 des B. G.=B.). Auch stehe dieser Compensationsanspruch mit dem Anspruch der Widerklage nicht in rechtlichem Zusammenhange; jener beruhe auf dem Vertrage vom 25. März 1881, die Widerklage auf dem Vergleiche vom 12. April 1883, und beide beträfen ganz verschiedene Hölzer. Der Compensationsanspruch sei auch nicht rechtshängig geworden und deshalb von dem Kläger durch besondere Klage geltend zu machen (Civilprozeßordnung §§ 136, 235, 274).

Die gegen dieses Urtheil eingelegte Revision wurde vom zweiten Civilsenate des Reichsgerichts zurückgewiesen und zwar hinsichtlich der Hauptklage auf Grund von Ausführungen, welche hier nicht interessiren, und hinsichtlich des der Widerklage entgegengesetzten Compensationsanspruchs aus folgenden

Gründen:

Auch soweit die Revision gegen die Zurückweisung des der Widerklage entgegengesetzten Compensationsanspruchs gerichtet ist und von dem Revisionskläger die Auffassung des Berufungs=

gerichts bekämpft wird, Kläger müsse seine Gegenforderung durch Erhebung einer besonderen Klage beziehungsweise Widerklage geltend machen, sind die erhobenen Beschwerden als unbegründet anzusehen. Die angefochtene Entscheidung verletzt weder Art. 1291 des B. G.-B., noch die §§ 136 Abs. 2 und 274 der Civilprozeßordnung. Durch Art. 1291 des B. G.-B. werden die materiellen Voraussetzungen der kraft Gesetzes eintretenden Compensation („compensation légale") geregelt und wird bestimmt, daß diese ipso jure (wie eine Zahlung) wirkende Compensation nur dann Platz greift, wenn die sich gegenüberstehenden Forderungen beiderseits liquid und einklagbar sind. Diese Vorschrift ist hiernach nicht prozessualischer, sondern materiell-rechtlicher Natur und hat ihre Geltung deshalb in Folge der Einführung der Deutschen Civilprozeßordnung nicht verloren. Ebenso wenig hat sie hierdurch ihre praktische Bedeutung eingebüßt. Nur wenn die im Art. 1291 aufgestellten Voraussetzungen gegeben sind, kann von dem Eintritt der „compensation légale" die Rede sein. Sind dieselben vorhanden, so kommt aber auch Art. 1290 des B. G.-B. zur Anwendung, und fehlt es, da nach dieser Vorschrift die beiderseitigen Verpflichtungen, soweit sie dem Betrage nach einander gleichkommen, als erloschen anzusehen sind, an den Vorbedingungen zur Anwendung der §§ 136 Abs. 2 und 274 der Civilprozeßordnung, in welchen vorausgesetzt wird, daß eine Hauptforderung und eine Gegenforderung sich noch gegenüberstehen. Im vorliegenden Falle mangelt es nun an der nach Art. 1291 zur compensation légale erforderlichen Liquidität der Gegenforderung. Die Vorschrift des Art. 1290 stand sonach der Anordnung, daß über die Haupt- und Gegenforderung in getrennten Prozessen zu entscheiden sei, nicht im Wege, vielmehr war die Zulässigkeit einer solchen Anordnung, da die auf die Behandlung der s. g. compensation judiciaire bezüglichen, vor Einführung der Civilprozeßordnung geltenden prozessualischen Rechtsgrundsätze durch die Vorschriften dieses Gesetzbuchs ihre Bedeutung verloren haben, lediglich nach den mehrerwähnten §§ 136 Abs. 2 und 274 zu beurtheilen. Dies hat aber auch das Berufungsgericht nicht verkannt. Von demselben wurde zwar in erster Linie auf die Vorschrift des Art. 1291 des B. G.-B. Bezug genommen, dann aber weiter ausgeführt, daß die von dem Kläger und Widerbeklagten der Widerklage mittelst

Compensationseinrede entgegengesetzte Gegenforderung mit dem in der Widerklage geltend gemachten Anspruche nicht in rechtlichem Zusammenhange stehe. Es kann sonach ein Zweifel darüber nicht bestehen, daß das Oberlandesgericht gemäß § 274 der Civilprozeßordnung verfahren wollte. Jedenfalls hat es ein diesen Vorschriften entsprechendes Verfahren eingehalten und die Voraussetzungen desselben festgestellt. Von dem Revisionskläger wird nun zwar geltend gemacht, der Annahme des Oberlandesgerichts, daß zwischen den in Frage stehenden Forderungen ein rechtlicher Zusammenhang nicht bestehe, liege eine rechtsirrthümliche Auffassung zu Grunde. Aber diese Rüge ist nicht als begründet zu erachten. Ein rechtlicher Zusammenhang zwischen der Hauptforderung und der Gegenforderung im Sinne der §§ 136 Abs. 2 und 274 der Civilprozeßordnung liegt nach der herrschenden Ansicht dann vor, wenn die beiden Forderungen aus denselben Rechtsverhältnissen entsprungen sind. Diese Ansicht ist auch als zutreffend anzusehen. Ein solcher Zusammenhang besteht aber bei den hier in Frage stehenden Forderungen nicht. Wie die Klage, so bezieht sich auch die Widerklage lediglich auf den in § 5 des Vergleichs vom 12. April 1883 neuerdings abgeschlossenen Kaufvertrag. Dieser Vertrag wurde zwar durch die Streitigkeiten über den Vollzug des früheren Kaufvertrages vom 25. März 1881 veranlaßt, bildet aber eine selbständige Vereinbarung, deren Erfüllung von beiden Seiten verlangt wird, und die sich auf andere, als die früher verkauften Hölzer, bezieht. Die Schadensersatzforderung, welche Kläger der Widerklage gegenüber geltend gemacht hat, beruht dagegen nicht auf dieser neuen Vereinbarung, sondern hat in der Nichterfüllung des ursprünglichen Kaufvertrages, also eines anderen Rechtsgeschäfts, ihren Grund. Auf den Vergleich vom 12. April 1883 wird diese Forderung nicht gestützt, vielmehr wurde nur darüber gestritten, ob dieser Vergleich der Forderung des Klägers entgegenstehe, oder ob ungeachtet desselben noch eine weitere Entschädigung verlangt werden könne. Bei dieser Sachlage konnte das Oberlandesgericht ohne Rechtsirrthum annehmen, daß die mittelst Einrede geltend gemachte Gegenforderung mit der Forderung, welche den Gegenstand der Widerklage bilde, nicht in rechtlichem Zusammenhange stehe.

Zur Begründung der Revision wird nun noch weiter gel-

tend gemacht: selbst wenn die Anwendung des § 274 der Civilprozeßordnung als gerechtfertigt erscheine, hätte der vom Kläger mittelst Compensationseinrede erhobene Anspruch nicht in ein besonderes Verfahren verwiesen werden dürfen. Es ist deshalb zu prüfen, ob die Annahme des Berufungsgerichts: „wenn der Widerbeklagte, nachdem gemäß § 274 über die von den Widerklägern geltend gemachte Hauptforderung entschieden worden sei, eine gerichtliche Entscheidung über die bis dahin nur auf dem Wege der Einrede geltend gemachte Gegenforderung herbeiführen wolle, müsse er seinen Anspruch durch eine besondere Klage geltend machen", mit den Vorschriften der Civilprozeßordnung in Einklang steht. Diese Frage ist aber zu bejahen. Die Auffassung, der sich das Berufungsgericht angeschlossen hat, wird von zwei ganz verschiedenen Gesichtspunkten aus bekämpft. Von einer Seite wird geltend gemacht, durch Geltendmachung der Compensationseinrede, welche nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung nicht als bloses Vertheidigungsmittel anzusehen sei, sondern eine versteckte oder unentwickelte Widerklage enthalte, werde bezüglich der Gegenforderung in derselben oder doch in ähnlicher Weise Rechtshängigkeit begründet, wie wenn eine Widerklage auf Leistung oder Feststellung der Gegenforderung ausdrücklich erhoben worden wäre. Durch die auf Grund des § 136 Abs. 2 oder des § 274 der Civilprozeßordnung erfolgten Anordnungen wird nach dieser Ansicht der Compensationseinrede zwar als solcher die Grundlage entzogen, weil über die Hauptforderung und Gegenforderung in getrennten Prozessen zu verhandeln und zu entscheiden ist und die bezüglich der Hauptforderung ergangene Entscheidung in einem gewöhnlichen Endurtheile erfolgt. Aber es braucht hiernach der Beklagte, der seine Gegenforderung auf dem Wege der Einrede geltend gemacht hat, wenn er deren Feststellung oder Verurtheilung des Gegners beantragen will, nicht erst Klage zu erheben, weil bezüglich der Gegenforderung bereits ein Prozeß anhängig ist. Von anderer Seite wird dagegen angenommen, durch die Compensationseinrede werde allerdings bezüglich der Gegenforderung Rechtshängigkeit nicht begründet, aber es sei im Falle der gemäß § 136 Abs. 2 oder 274 der Civilprozeßordnung angeordneten Trennung über die Einrede der Compensation oder den Compensationsanspruch in einem besonderen Verfahren zu ver-

handeln und das den Beklagten bezüglich der Hauptforderung verurtheilende Erkenntniß später wieder aufzuheben, wenn sich herausstelle, daß die Compensationseinrede begründet sei. Nach dieser Auffassung hat das Urtheil, durch das der Beklagte hinsichtlich der Hauptforderung verurtheilt wird, nicht den Charakter der definitiven Entscheidung, sondern ist als ein vorläufiges Endurtheil über den Klageanspruch anzusehen, das unter Vorbehalt des durch die Compensationseinrede begründeten Vertheidigungsmittels ergeht und bezüglich seiner Wirkungen in ähnlicher Weise, wie die in den §§ 502 Abs. 3 und 562 Abs. 3 der Civilprozeßordnung vorgesehenen Urtheile, beschränkt ist.

Soweit es sich um die erstere Auffassung handelt, hat das Reichsgericht bereits in einem Urtheile vom 16. Mai 1882 (Entscheid. Band VI S. 420 ff.) ausgesprochen, daß durch die Compensationseinrede nach der Civilprozeßordnung nicht ebenso, wie durch die Widerklage bezüglich der Gegenforderung, Rechtshängigkeit begründet werde, dieselbe vielmehr lediglich den Charakter eines Vertheidigungsmittels habe. Von dieser Ansicht abzugehen, liegt keine Veranlassung vor. Der Beklagte, der seine Gegenforderung lediglich auf dem Wege der Einrede vorschützt, aber davon absieht, mittelst Widerklage eventuell Verurtheilung des Gegners bezüglich der Gegenforderung oder doch Feststellung derselben zu erreichen, will sich lediglich gegen den in der Klage enthaltenen Angriff vertheidigen und deren Abweisung herbeiführen. Durch die Geltendmachung eines solchen Vertheidigungsmittels wird aber nach der Civilprozeßordnung Rechtshängigkeit bezüglich der Gegenforderung nicht begründet. Nach der klaren Vorschrift des § 235 dieses Gesetzbuchs wird hierzu vielmehr die Erhebung einer Klage vorausgesetzt. Als eine solche Klage ist auch die Widerklage anzusehen, bei welcher der Beklagte sich nicht auf die Vertheidigung gegen die Klage beschränkt, sondern seinerseits angriffsweise vorgeht und sebständige über die Bekämpfung der Klage hinausgehende Anträge stellt. Auch durch den in § 253 der Civilprozeßordnung vorgesehenen Antrag des Beklagten, daß ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältniß, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Prozesses abhängt, festgestellt werden solle, wird bezüglich dieses Rechtsverhältnisses Rechtshängigkeit begründet. Aber dieser Antrag ist nach der aus-

drücklichen Vorschrift des Gesetzes auf dem Wege der Widerklage zu stellen. Die Vorschrift in § 253 der Civilprozeßordnung steht hiernach in vollem Einklang mit der Bestimmung in § 235 Abs. 1 dieses Gesetzbuchs. Aus § 254 der Civilprozeßordnung läßt sich die Ansicht, daß auch die Compensationseinrede Rechtshängigkeit begründe, nicht ableiten. Diese Vorschrift bezieht sich überhaupt nicht auf die durch § 235 geregelte Frage, in welcher Weise und in welchen Fällen Rechtshängigkeit begründet werde. Mit Rücksicht darauf, daß sowohl nach § 253, als bei der gewöhnlichen Widerklage die Klageerhebung im Laufe des Prozesses durch einen bei Gericht gestellten Antrag erfolgen kann, bestimmt vielmehr § 254, für die Rechtshängigkeit sei nur die Geltendmachung des Anspruchs bei der mündlichen Verhandlung, nicht die Ankündigung desselben in einem vorbereitenden Schriftsatze maßgebend. Auch aus § 293 Abs. 2 der Civilprozeßordnung ergibt sich nicht, daß durch die Compensationseinrede bezüglich der Gegenforderung Rechtshängigkeit begründet werde. In Absatz 1 des angeführten Paragraphen wird die Regel aufgestellt, daß Urtheile der Rechtskraft nur insoweit fähig sind, als über den durch die Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden worden ist. Soweit diese Regel reicht, decken sich die Vorschriften über Rechtshängigkeit der Streitsache und Rechtskraft der Entscheidung. Mit Rücksicht darauf, daß die Entscheidung über die Compensationseinrede auch die derselben als Unterlage dienende Gegenforderung berührt, welche in Folge der Compensation in demselben Maaße, wie die Hauptforderung, getilgt wird, wird dann in § 293 Abs. 2 bestimmt, daß auch die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittelst Einrede geltend gemachten Gegenforderung in gewissem Umfange der Rechtskraft fähig sei. Durch diese Vorschrift, welche eine Ausnahme von der in § 293 Abs. 1 aufgestellten Regel enthält, wurde, da in § 235 eine ähnliche Bestimmung nicht getroffen wurde, das Verhältniß zwischen den Vorschriften über Rechtshängigkeit derart verschoben, daß sich dieselben nicht mehr vollständig decken. Es ist die durch die Compensationseinrede veranlaßte Entscheidung, auch soweit sich dieselbe auf die Gegenforderung bezieht, der Rechtskraft fähig, obgleich hinsichtlich dieser Forderung durch die Geltendmachung der Einrede Rechtshängigkeit nicht eingetreten ist. Aber dieser Umstand, der sich

aus der Verschiedenheit der in den §§ 235 und 293 der Civilprozeßordnung enthaltenen Vorschriften ergibt, kann nicht die Annahme rechtfertigen, daß die Compensationseinrede bezüglich der Rechtshängigkeit der Widerklage gleichstehe, denn § 293 beschäftigt sich lediglich mit der Rechtskraft der Entscheidung, nicht mit der Rechtshängigkeit. Hätte hinsichtlich der letzteren gleichfalls eine Ausnahmebestimmung für die Compensationseinrede getroffen werden sollen, so wäre dazu bei § 235 der Ort gewesen. Dort ist aber eine solche Vorschrift nicht erlassen worden. Es kann dahin gestellt bleiben, ob durch das über die Compensationseinrede entscheidende Urtheil eine anderweite Geltendmachung der Gegenforderung mittelst Klage oder Widerklage ausgeschlossen wird. Jedenfalls kann in den Fällen, in welchen eine solche unter § 293 Abs. 2 der Civilprozeßordnung fallende Entscheidung nicht vorliegt, aus der Geltendmachung der Gegenforderung auf dem Wege der Einrede nicht der Einwand abgeleitet werden, es sei in Ansehung dieser Gegenforderung ein Rechtsstreit anhängig. In den Motiven zu § 235 der Civilprozeßordnung (§ 227 des Entwurfs) wurde zwar bemerkt, da die Einrede der Rechtshängigkeit denselben Umfang habe, wie die exceptio rei judicatae, falle auch die Geltendmachung des rechtshängigen Anspruchs mittelst Einrede der Compensation in einem anderen Prozesse unter die Vorschrift des § 235 Abs. 1. Auch ist im Anschluß an diese Bemerkungen die Vorschrift des § 254 der Civilprozeßordnung (§ 244 des Entwurfs) damit gerechtfertigt worden, daß Widerklagen und Compensationseinreden erst in der mündlichen Verhandlung erhoben würden, also in Betreff derselben auch die Rechtshängigkeit und deren Wirkungen erst mit dem Zeitpunkte eintreten könnten, in welchem der betreffende Anspruch in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht werde. Aber dieser in den Motiven enthaltenen Auffassung kann ein entscheidendes Gewicht nicht beigelegt werden, da sie mit den gesetzlichen Vorschriften nicht in Einklang zu bringen ist, jedenfalls im Gesetze selbst keinen Ausdruck gefunden hat. Es ist gegenüber diesen Bemerkungen umsomehr an dem in § 235 der Civilprozeßordnung aufgestellten Satze festzuhalten, daß nur durch Erhebung einer Klage Rechtshängigkeit begründet wird, als auch die Entstehungsgeschichte der Civilprozeßordnung gegen die Annahme spricht, daß durch die Compensationseinrede bezüglich

der Gegenforderung Rechtshängigkeit begründet werde. Bei Aufstellung des Entwurfs zu einer Prozeßordnung für den Norddeutschen Bund, dessen Vorschriften über Rechtshängigkeit und Rechtskraft im Wesentlichen unverändert in die Civilprozeßordnung übergingen, hatte die Kommission anfangs in den Entwurf (§ 334) eine Bestimmung aufgenommen, nach welcher die Compensationseinrede gleich der Klage und Widerklage Rechtshängigkeit begründen sollte. Bei den Berathungen wurde aber die Verschiedenheit zwischen dieser Einrede und der „Rekonvention" entschieden betont und die Rechtshängigkeit des nur compensando geltend gemachten Anspruchs als bedenklich bezeichnet, insbesondere hervorgehoben, es müsse freistehen, den Compensationseinwand mehrfach, wenigstens eventuell zu gebrauchen und nach Belieben zurückzuziehen, auch falle derselbe jedenfalls, wenn der Kläger die Klage unter Verzicht auf den Anspruch zurücknehme. Weiter wurde geltend gemacht, es bestehe kein Bedürfniß, die blos „versteckte Widerklage" zu schützen. Darauf wurde die in § 334 des Entwurfs enthaltene Vorschrift wieder beseitigt (vergl. Protokolle der Norddeutschen Prozeßkommission Bd. 2 Seiten 570—572, 593, 594, 605 bis 609 und 794). In dem Entwurfe des Preußischen Justizministeriums vom Jahre 1874 war zwar in § 229 wieder von der „Rechtshängigkeit eines durch Einrede oder Widerklage erhobenen Anspruchs" die Rede. Diese Fassung wurde aber von der Vorkommission geändert, und es enthält in Folge dessen die Civilprozeßordnung nirgends eine Bestimmung, nach welcher auch durch Einrede die Rechtshängigkeit bezüglich einer Forderung begründet werden kann. Bei dieser Sachlage erscheint es nicht als statthaft, daß mit Rücksicht auf die in den Motiven gemachten Bemerkungen, bei welchen die Entstehungsgeschichte der aus dem Norddeutschen Entwurfe übernommenen Vorschriften nicht berücksichtigt wurde, eine Ausnahme von dem in § 235 aufgestellten Satze in die Civilprozeßordnung hereingetragen wird, welche das Gesetz selbst nicht kennt.

Wird aber durch die Compensationseinrede Rechtshängigkeit bezüglich der dieser Einrede zu Grunde liegenden Gegenforderung nicht begründet, so ergibt sich daraus von selbst, daß in denjenigen Fällen, in welchen das Gericht anordnet, daß über die Hauptforderung und Gegenforderung in getrennten Prozessen zu verhandeln sei (§ 136 Abs. 2 der Civilprozeßordnung),

beziehungsweise, indem es über die zur Entscheidung reife Hauptforderung durch Endurtheil entscheidet, die Gegenforderung in ein besonderes Verfahren verweist (§ 274 eodem), in Ansehung der Gegenforderung nur dann ein besonderer Rechtsstreit anhängig bleibt, wenn der Beklagte bezüglich derselben schon vorher Widerklage erhoben und so die Rechtshängigkeit gemäß § 235 dieses Gesetzbuchs begründet hatte. Dagegen muß demselben überlassen bleiben, wegen seiner Gegenforderung Klage, beziehungsweise Widerklage zu erheben, wenn er sich darauf beschränkt hatte, Abweisung der Hauptklage zu beantragen und diesen Antrag durch die Einrede der Compensation zu begründen.

Dieser Auffassung steht § 136 Abs. 2 der Civilprozeßordnung in keiner Weise entgegen. Die Bedeutung dieser Vorschrift besteht darin, daß, wenn das Gericht dies zur Verhinderung einer Prozeßverzögerung für geboten erachtet, über die Hauptforderung ohne Rücksicht auf die mit derselben nicht in rechtlichem Zusammenhange stehende Gegenforderung entschieden werden kann und die Entscheidung über die letztere dann einem besonderen Verfahren (einem „getrennten Prozesse") vorbehalten bleibt. Die Wirkung dieser Maßregel ist hiernach im Wesentlichen eine negative, indem sie die Ausscheidung des auf die Gegenforderung bezüglichen Rechtsstoffs aus dem die Hauptforderung betreffenden Prozesse zur Folge hat. Mit der Frage, in welcher Weise eine von dem Beklagten gewünschte Entscheidung über die Gegenforderung herbeizuführen ist, befaßt sich § 136 Abs. 2 nicht. Vielmehr sind für die Entscheidung dieser Frage die allgemeinen Vorschriften der Civilprozeßordnung, insbesondere die Bestimmungen über die Rechtshängigkeit maßgebend. Nach diesen ist aber nur dann anzunehmen, daß bezüglich der Gegenforderung bereits ein Prozeß anhängig ist, wenn der Beklagte in Beziehung auf dieselbe Widerklage erhoben hatte.

Bezüglich des § 274 der Civilprozeßordnung muß allerdings zugegeben werden, daß der in demselben enhaltene Ausdruck „Theilurtheil", wenn durch die Compensationseinrede Rechtshängigkeit bezüglich der Gegenforderung nicht begründet ist, als ungenau erscheint, indem das auf Grund dieses Paragraphen ergehende Urtheil dann als ein gewöhnliches Endurtheil anzusehen ist. Aber auf diese unrichtige Bezeichnung

allein, welche aus dem Entwurf des Preußischen Justizministeriums (§ 248) stammt und wohl nur aus Versehen stehen blieb, nachdem die Vorschrift, nach welcher auch die Compensationseinrede Rechtshängigkeit begründen sollte, beseitigt worden war, kann die Ansicht nicht gestützt werden, daß nach der Civilprozeßordnung auch durch eine Einrede Rechtshängigkeit begründet werden könne. Vielmehr muß die Vorschrift des § 235, welche den Sitz der in Frage stehenden Materie bildet, um so mehr den Ausschlag geben, als der Ausdruck „Theilurtheil" auch nach der Auffassung, nach welcher durch Erlaß des in § 274 vorgesehenen Urtheiles sofort zwei getrennte Prozesse entstehen, von denen der eine die Hauptforderung, der andere die Gegenforderung betrifft, nicht als zutreffend erscheint. Auch nach dieser Auffassung umfaßt das bezüglich der Hauptforderung ergehende Urtheil diese ihrem ganzen Umfange nach, und es wird durch dasselbe der auf diese Forderung bezügliche Prozeß vollständig erledigt. Es ist dieses Urtheil also, auch wenn man annimmt, daß nach Erlaß desselben ein Prozeß über die Gegenforderung anhängig bleibt, als ein gewöhnliches Endurtheil anzusehen, das zugleich die Gegenforderung in ein besonderes Verfahren verweist und sich in keiner Weise von demjenigen Urtheile unterscheidet, das nach der gemäß § 136 Abs. 2 erfolgten Trennung bezüglich der Klageforderung ergeht. Die Fassung des § 274 der Civilprozeßordnung erscheint übrigens auch nach einer anderen Richtung als ungenau. Durch denselben soll, wie fast von allen Seiten anerkannt wird, lediglich die Bestimmung des § 136 Abs. 2 ergänzt und ebenso, wie in dieser Vorschrift, das Gericht zur Anordnung ermächtigt werden, über die Gegenforderung des Beklagten in einem besonderen Prozesse zu verhandeln. In der Begründung zu den §§ 136 und 137 der Civilprozeßordnung (§§ 130, 131 des Entwurfs) wurde dieselbe als eine unabweisliche Consequenz der in § 136 Abs. 2 enthaltenen Vorschrift bezeichnet und bemerkt, § 274 (§ 264 des Entwurfs) bestimme, daß die Trennung auch nach dem Schlusse der Verhandlung — durch Theilurtheil — erfolgen könne. Dessen ungeachtet wird in § 274 gesagt, daß die Entscheidung über die Forderung „unter Trennung der Verhandlungen" durch Theilurtheil erfolgen könne, während § 136 Abs. 1 von einer Verhandlung in getrennten Prozessen spricht.

Auch die Ansicht, nach welcher, falls von der in § 274 der Civilprozeßordnung vorgesehenen Befugniß Gebrauch gemacht wird, der Prozeß über die Compensations einrede ungeachtet der bezüglich der Hauptforderung ergangenen Entscheidung weiter geführt und darüber in einem weiteren Urtheile entschieden werden soll, ist nicht als zutreffend anzusehen. Der zweite Civilsenat des Reichsgerichtes hat zwar in früheren Erkenntnissen, insbesondere in einem Urtheile vom 13. November 1885 in Sachen Hönnecke gegen Gehring (Rep. II 274/85) ausgesprochen, eine Hinausweisung der Compensationseinrede aus dem Prozesse und eine definitive Verurtheilung des Beklagten unter Beendigung des bezüglich der Hauptforderung bestehenden Prozesses könne in derartigen Fällen nicht erfolgen. Diese Auffassung konnte jedoch bei nochmaliger eingehender Prüfung der Frage nicht festgehalten werden. Die Civilprozeßordnung kennt allerdings Urtheile, durch welche über den durch die Klage geltend gemachten Anspruch vorläufig entschieden wird, während dem Beklagten die Geltendmachung bestimmter Vertheidigungsmittel oder die Ausführung seiner Rechte und damit auch die endgültige Entscheidung über den klägerischen Anspruch vorbehalten bleibt (vergl. §§ 502 und 562). Aber die auf diese Urtheile bezüglichen Vorschriften sind als auf besondere Fälle berechnete Ausnahmebestimmungen anzusehen. Auch ist der eigenthümliche Charakter solcher Urtheile im Gesetze selbst deutlich dadurch hervorgehoben worden, daß sie nicht als Endurtheile bezeichnet, sondern nur bezüglich der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung den Endurtheilen ebenso gleichgestellt worden sind, wie dies auch hinsichtlich der in den §§ 248 und 276 der Civilprozeßordnung vorgesehenen Urtheile in Ansehung der Rechtsmittel geschehen ist. Ferner wurde in den §§ 503 und 563 der Civilprozeßordnung ausdrücklich bestimmt, daß der Rechtsstreit ungeachtet der ergangenen Urtheile anhängig bleibt und diese Urtheile aufzuheben sind, wenn sich in dem weiteren Verfahren ergibt, daß der Anspruch des Klägers unbegründet ist. Bei dieser Sachlage ist es nicht zu rechtfertigen, daß die erwähnten Vorschriften auf andere Urtheile entsprechend angewendet werden und auch bezüglich wirklicher Endurtheile angenommen wird, sie könnten selbst nach erlangter Rechtskraft durch eine spätere Entscheidung desselben Gerichts wieder aufgehoben werden. In § 274 der Civilprozeßordnung

finden sich solche Bestimmungen, wie sie die §§ 502, 503, 562 und 563 enthalten, nicht, vielmehr ist lediglich bestimmt, daß die Entscheidung über die Forderung, wenn nur die Verhandlung über diese zur Entscheidung reif sei, durch „Theilurtheil“ erfolgen könne. Es muß deshalb angenommen werden, daß durch dieses Urtheil, das, selbst wenn man es als wirkliches Theilurtheil ansehen will, den Charakter eines gewöhnlichen Endurtheiles hat (§ 273 Civilprozeßordnung), der Prozeß über die Hauptforderung beendigt wird. Aus dem Ausdruck „Theilurtheil“, bezüglich dessen schon oben ausgeführt wurde, daß er ungenau sei, kann für die Auffassung, nach welcher ungeachtet dieses Urtheiles die Entscheidung über die Compensationseinrede vorbehalten bleibe, jedenfalls ein Argument nicht entnommen werden. Wäre diese Auffassung zutreffend, so wären die auf Grund des § 274 erlassenen Urtheile nicht als Theilurtheile, sondern, wie auch von Vertretern dieser Ansicht zugegeben wird, als vorläufige Entscheidungen im Sinne der §§ 502 und 562 der Civilprozeßordnung anzusehen. Gegen die Annahme, daß das gemäß § 274 erlassene Urtheil ein wirkliches, den Prozeß über die Hauptforderung abschließendes und nach Erlangung der Rechtskraft definitiv beendigendes Endurtheil nicht sei, spricht schon der Umstand, daß sich im Gesetze nicht der mindeste Anhalt dafür findet, dieses Urtheil solle nur die beschränkte Wirkung haben, welche den in den §§ 502 und 562 der Civilprozeßordnung vorgesehenen Urtheilen beigelegt worden ist. Noch deutlicher ergibt sich die Unhaltbarkeit dieser Auffassung aber aus den Vorschriften des § 136 der Civilprozeßordnung. In Absatz 1 dieses Paragraphen wird das Gericht zur Anordnung ermächtigt, daß über mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche „in getrennten Prozessen“ zu verhandeln sei. Nach Absatz 2 soll diese Bestimmung auch dann Anwendung finden, wenn der Beklagte eine Gegenforderung vorgebracht hat, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht. Durch die in Absatz 1 des Paragraphen vorgesehene Anordnung, welche sich von der in § 137 gestatteten Beschränkung der Verhandlung auf einzelne Angriffs- oder Verheidigungsmittel wesentlich unterscheidet, wird unbestritten die prozessuale Verbindung zwischen den verschiedenen Ansprüchen vollständig aufgehoben. Es tritt in Folge derselben das nämliche Ver-

fahren ein, als ob von vornherein verschiedene Prozesse bei dem Gerichte anhängig gemacht worden wären. Dasselbe muß aber nach der ausdrücklichen Vorschrift des Absatzes 2 auch dann gelten, wenn über Hauptforderung und Gegenforderung in getrennten Prozessen zu verhandeln und zu entscheiden ist. Mit dieser Vorschrift ist die Annahme unverträglich, daß ungeachtet der Verhandlung in getrennten Prozessen der Rechtsstreit ein einheitlicher bleibe und nur die Verhandlung über die Compensationseinrede von derjenigen über den Klagegrund und über die übrigen Vertheidigungsmittel getrennt werde. Ebensowenig kann aber der Sinn des Gesetzes der sein, daß in einem Prozesse über die Klage, in dem anderen davon völlig verschiedenen über die Compensations einrede oder den Anspruch auf Compensation entschieden werden solle, die in dem einen Prozesse bezüglich der Klage ergangene Entscheidung aber aufzuheben sei, wenn sich herausstellt, daß die Compensationseinrede gerechtfertigt, die Klage sonach unbegründet ist. Wenn gemäß § 136 Abs. 1 die Verhandlung in getrennten Prozessen angeordnet wird, so bezieht sich diese Anordnung auf die verschiedenen vom Kläger geltend gemachten Forderungen. Falls Absatz 2 dieses Paragraphen zur Anwendung gelangt, können hiernach unter den verschiedenen Ansprüchen, über welche in getrennten Prozessen verhandelt werden soll, nicht der Klageanspruch und der Compensationsanspruch verstanden werden. Vielmehr handelt es sich hierbei lediglich um die Hauptforderung und die Gegenforderung. Die Bedeutung des § 136 Abs. 2 besteht, wie auch in der Begründung zu dieser Vorschrift hervorgehoben wurde, gerade darin, daß das Gericht die Verhandlung der „Gegenforderung“ in einem getrennten Prozesse anordnen kann. Bei dieser Sachlage kann von einer entsprechenden Anwendung der in den §§ 502 und 503 beziehungsweise 562 und 563 der Civilprozeßordnung enthaltenen Vorschriften auf das bezüglich der Hauptforderung ergangene Urtheil nicht die Rede sein. Vielmehr ist, wenn das Gericht von der in § 136 Abs. 2 vorgesehenen Befugniß Gebrauch macht, über die Forderung des Klägers, wie über die des Beklagten (soweit bezüglich der letzteren Rechtshängigkeit besteht) durch besondere Endurtheile zu entscheiden, welche ohne Vorbehalt der Rechte beziehungsweise der Vertheidigungsmittel der anderen Partei ergehen, von einander vollkommen unabhängig sind und nur

in Folge eines Rechtsmittels aufgehoben werden können. Was von demjenigen Endurtheile gilt, das nach der gemäß § 136 Abs. 2 Civilprozeßordnung angeordneten Trennung bezüglich der Hauptforderung ergangen ist, muß aber auch von dem auf Grund des § 274 erlassenen, auf diese Forderung bezüglichen Urtheile gelten, da diese beiden Vorschriften, wie bereits oben ausgeführt wurde, denselben Zweck verfolgen und § 274 lediglich eine Anwendung des in § 136 Abs. 2 aufgestellten Grundsatzes auf diejenigen Fälle enthält, in welchen die Forderung des Klägers bereits zur Entscheidung reif ist. Wenn das Urtheil, welches zufolge der nach § 136 Abs. 2 angeordneten Trennung bezüglich der Hauptforderung ohne Rücksicht auf die Gegenforderung ergangen ist, den Charakter eines gewöhnlichen Endurtheiles hat, können auch dem nach § 274 erlassenen sogenannten Theilurtheile die dem Endurtheile vom Gesetze beigelegten Wirkungen nicht versagt werden, und ist hiernach eine entsprechende Anwendung der §§ 502 und 562 der Civilprozeßordnuug auf dieses Urtheil ausgeschlossen. Bei dieser Auffassung kann der Beklagte durch die Anwendung der in den §§ 136 Abs. 2 und 274 der Civilprozeßordnung enthaltenen Bestimmungen in der Ausübung seines Compensationsrechtes allerdings beeinträchtigt werden. Durch diese Vorschriften, welche das bisher vielfach bezüglich der Compensation auch prozessual bestehende Erforderniß der Liquidität oder Liquidabilität der Gegenforderung ersetzen und in anderer Weise die Möglichkeit gewähren sollen, einer Verschleppung des auf die Hauptforderung bezüglichen Prozesses vorzubeugen, wird nämlich nach der oben dargelegten Auffassung das Gericht ermächtigt, die von dem Beklagten geltend gemachte Gegenforderung aus dem Prozesse über die Hauptforderung hinauszuweisen. Wird von dieser Befugniß Gebrauch gemacht, so wird dadurch der Ausübung des Compensationsrechtes in dem erwähnten Prozesse allerdings die Grundlage entzogen. Die Compensationseinrede fällt in Folge der Verweisung der Gegenforderung in einen besonderen Prozeß von selbst zusammen. Der Beklagte verliert hierdurch nicht blos den Anspruch darauf, daß über Forderung und Gegenforderung gleichzeitig verhandelt werde, sondern auch den weiteren Anspruch, daß die Entscheidung über die Forderung erst dann erfolge, wenn auch die Gegenforderung spruchreif sei. Er muß es sich gefallen lassen, daß über die Hauptforderung

ebenso verhandelt und entschieden werde, als ob eine Gegenforderung gar nicht geltend gemacht worden wäre, und kann sich nur im Zwangsvollstreckungsverfahren auf dem in § 686 der Civilprozeßordnung vorgesehenen Wege auf den Eintritt der Compensation berufen, wenn inzwischen seine Gegenforderung anerkannt worden ist und die Voraussetzungen der angeführten Vorschrift vorliegen. Aber diese Wirkungen der von dem Gerichte angeordneten Trennung ergeben sich mit Nothwendigkeit aus den Maßregeln, zu denen dasselbe ermächtigt worden ist, sind also von dem Gesetze gewollt. Hätte dem Gerichte blos die Befugniß zu einer Trennung der Verhandlungen über die Compensationseinrede von derjenigen über den Klagegrund und die übrigen Vertheidigungsmittel des Beklagten eingeräumt, diesem dagegen die Befugniß, seinen Compensationsanspruch im Prozesse über die Hauptforderung geltend zu machen, gewahrt werden sollen, so hätte hierzu die Vorschrift des § 137 Civilprozeßordnung genügt. Auch wäre es, wenn in einem und demselben Rechtsstreite über Hauptforderung und Gegenforderung hätte entschieden und die Möglichkeit hätte offen gelassen werden sollen, die Verurtheilung des Beklagten in Folge nachträglicher Begründung der Compensationseinrede wieder zu beseitigen, nahe gelegen, diese Verurtheilung als eine nur vorläufige unter Vorbehalt endgültiger Entscheidung erfolgende zu behandeln und ähnliche Vorschriften zu treffen, wie sie die §§ 502 und 562 Civilprozeßordnung enthalten. Ein solches Verfahren ist aber im Gesetze nicht vorgesehen. Vielmehr gestattet dasselbe eine vollständige Trennung der auf die Forderung und Gegenforderung bezüglichen Prozesse und läßt die Entscheidung über die Hauptforderung durch gewöhnliche, nur der Anfechtung durch Rechtsmittel unterliegende Endurtheile erfolgen, welche durch die Entscheidung über die Gegenforderung nicht unmittelbar berührt werden.

Hiernach erscheinen die Angriffe des Revisionsklägers auch insoweit als verfehlt, als sich dieselben auf die Zuerkennung der Widerklage und Zurückweisung der Compensationseinrede beziehen.

Ein prozessualischer Verstoß ist zwar in dem angefochtenen Urtheile insofern zu finden, als in demselben die Entscheidung über die Kosten der Berufungsinstanz, über welche nach § 92 der Civilprozeßordnung hätte erkannt werden sollen, vorbehal-

ten worden ist. Da jedoch durch diese Unterlassung der Revisionskläger, dessen Berufung zurückgewiesen wurde, nicht als beschwert erscheint, konnte dieser Mangel eine Aufhebung des angefochtenen Urtheiles nicht zur Folge haben. Vielmehr war die Revision zurückzuweisen und der Revisionskläger nach der angeführten Vorschrift mit den Kosten der Revisionsinstanz zu belasten.

Reichsgericht. Sitzung vom 11. Mai 1886.

Verjährung, erwerbende. — Art. 2232 des B. G.-B. — Klageverjährung.

Um die Möglichkeit einer erwerbenden Verjährung in Gemäßheit des Art. 2232 des B. G.-B. auszuschließen, genügt es nicht, daß derjenige, gegen welchen die Verjährung geltend gemacht wird, die Absicht hatte, das streitige Grundstück oder den streitigen Bodenstreifen aus bloser Vergünstigung oder nachbarlicher Duldung der Benutzung eines Anderen bezw. des Nachbars anheim zu geben; diese Absicht schließt die Verjährung dann nicht aus, wenn derjenige, auf dessen Seite sie eingetreten sein soll, sich fortdauend für den Eigenthümer des von ihm besessenen Terrains gehalten und die von ihm thatsächlich ausgeübte Benutzung nicht als Ausfluß einer Vergünstigung oder nachbarlichen Duldung, sondern als ein ihm vermöge des Eigenthums zustehendes Recht in Anspruch genommen hat.

Die Klageverjährung ist sowohl für dingliche, als auch für persönliche Klagen an keine andere Voraussetzung gebunden, als an die Nichtausübung des vorhandenen Klagerechtes während eines dreißigjährigen Zeitraumes, und findet demnach der Art. 2232 cit. auf dieselbe keine Anwendung.

Himmelmann-Pothmann — Postfiskus.

Zwischen der Abschlußmauer des Postgebäudes zu Elberfeld und dem Garten des Weinhändlers Himmelmann-Pothmann

befindet sich ein etwa 6 Zoll breiter Bodenstreifen, dessen Eigenthum der Postfiskus auf Grund eines am 5. Oktober 1825 mit Peter de Weerth, dem Rechtsvorgänger von Himmelmann-Pothmann, abgeschlossenen Tauschvertrages für sich beansprucht. Da dieser Anspruch bestritten wurde und Himmelmann-Pothmann den Bodenstreifen bei Errichtung einer Weinhalle und Anlage einer Grotte für sich benutzte, so klagte der Postfiskus am 5. März 1878 beim Landgerichte zu Elberfeld auf Beseitigung dieser Anlagen und Schadensersatz. Der Verklagte beantragte Klageabweisung und begehrte eventuell widerklagend die Verurtheilung des Klägers zur Errichtung einer Scheidemauer auf gemeinschaftliche Kosten und zum Abbruche der Hintermauer des Poststalles, soweit deren Beseitigung für die Errichtung der Scheidemauer erforderlich sei.

Das Landgericht sprach durch Urtheil vom 8. November 1878 Klage und Widerklage zu.

Auf Berufung des Verklagten und Incidentberufung des Klägers bestätigte das Oberlandesgericht am 16. November 1881 die Verurtheilung des Verklagten und wies die Widerklage ab. Auf den vom Verklagten eingelegten Kassationsrekurs kassirte das Reichsgericht am 23. November 1882 dieses Urtheil, weil das Oberlandesgericht rechtsirrthümlich den Verjährungsbeweis wegen angeblicher Anerkennung des klägerischen Eigenthums abgelehnt habe, und erkannte sodann das Oberlandesgericht am 2. April 1884 wiederum auf Zusprechung der Klage und Abweisung der Widerklage; indessen wurde auch diese Entscheidung am 5. Dezember 1884 vom Reichsgerichte kassirt, weil der Berufungsrichter ohne nochmalige Prüfung seiner Entscheidung die in dem kassirten Urtheile enthaltene thatsächliche Feststellung zu Grunde gelegt hatte, und die Frage der Klageverjährung, bei welcher es auf den animus domini nicht ankommt, nicht zutreffend und erschöpfend beurtheilt worden war.

Bei der erneuten Verhandlung vor dem Oberlandesgerichte stellte Verklagter den Antrag, unter Aufhebung der landgerichtlichen Entscheidung die Klage abzuweisen und demgemäß die Widerklage und Incidentberufung für erledigt zu erklären. Eventuell beantragte er, ihn für berechtigt zu erklären, das Miteigenthum an der streitigen Mauer gegen die gesetzliche Entschädigung zu erwerben, und den Postfiskus zu verurtheilen, das Miteigenthum dieser Mauer, des unterliegenden Bodens

und des vorliegenden Bodenstreifens gegen Ersatz des halben Werthes abzutreten. Aeußerst eventuell wurde die Verwerfung der Incidentberufung beantragt. Subsidiarisch erbot der Verklagte Zeugenbeweis, daß Peter de Weerth und nach dessen Tode dessen Kinder den streitigen Bodenstreifen nach dem Vertrage vom 5. Oktober 1825 bis zum 1. Mai 1873 ausschließlich besessen und benutzt, insbesondere darauf Epheu, wilden Wein und Obst angepflanzt und Spaliere angebracht hätten, daß Verklagter seit dem 1. Mai 1873 den Streifen im Besitze gehabt und benutzt habe, daß auch kein Dach von einem Gebäude der Post den Streifen überrage und seit mehr als 30 Jahren ein solches Dach nicht bestanden habe.

Durch Urtheil des Oberlandesgerichts vom 13. Juli 1885 wurde die Hauptberufung verworfen und unter Annahme der Incidentberufung die Widerklage des Himmelmann-Pothmann abgewiesen.

Gegen diese Entscheidung legte der Verklagte Kassationsrekurs ein, und erging darauf folgendes

Urtheil:

J. E. zum ersten Kassationsmittel,

Daß nach der unanfechtbaren thatsächlichen Feststellung des Berufungsurtheiles der Postfiskus durch die Errichtung einer Abschlußmauer zu erkennen gegeben hat, daß er vorbehaltlich seines Eigenthums und des Rechtes auf Veränderung der baulichen Anlagen den streitigen Grenzstreifen aus nachbarlicher Vergünstigung der Benutzung des Nachbarn in der von dem Verklagten behaupteten Weise anheim gebe;

Daß aber die Absicht des Postfiskus nicht genügt, in Gemäßheit des Art. 2232 des B. G.-B. die Möglichkeit einer erwerbenden Verjährung auszuschließen, indem eine solche als statthaft anerkannt werden müßte, wenn Peter de Weerth in irrthümlicher Auffassung des Vertrages von 1825 sich fortdauernd für den Eigenthümer des Grenzstreifens gehalten und die von ihm thatsächlich ausgeübte Benutzung nicht als Ausfluß nachbarlicher Duldung, sondern als ein ihm vermöge des Eigenthums zustehendes Recht in Anspruch genommen hätte;

Daß daher die angefochtene Entscheidung der genügenden Begründung entbehrt, indem sie die Auffassung des Peter de Weerth und seiner Erben über die Bedeutung des Vertrages



völlig unberücksichtigt läßt und nicht erörtert, ob auch diese die Benutzung als eine blose Vergünstigung des Postfiskus aufgefaßt haben oder nach Lage der Sache als solche erkennen mußten;

Daß es dahingestellt bleiben kann, ob nach den vorliegenden thatsächlichen Feststellungen die Ergänzung der vorhandenen Lücke in der Kassationsinstanz zulässig wäre, da aus anderen Gründen die Entscheidung nicht aufrecht erhalten werden kann;

J. E. zum zweiten Kassationsmittel,

Daß der Berufungsrichter die über eine von Peter de Weerth und dessen Erben seit mehr als 30 Jahren ausgeübte Benutzung erbotenen Beweise als unerheblich bezeichnet und die Einrede der Klageverjährung um deswillen zurückweist, weil diese Einrede eine Verletzung des der Klage zu Grunde liegenden Rechtes voraussetze, durch die im vorliegenden Falle in Betracht zu ziehenden Handlungen der Rechtsvorgänger der Beklagten aber, weil dieselben auf bloser Duldung beruhten, dem Fiskus keine Veranlassung zur Klage gegeben worden sei, diese Handlungen daher gemäß Art. 2232 des B. G.=B. ein Klagerecht des Fiskus nicht hätten entstehen lassen;

Daß dieser Entscheidungsgrund den Art. 2232 durch unrichtige Anwendung, den Art. 2262 aber durch Nichtanwendung verletzt;

Daß nämlich Art. 2232, welcher sich in dem über den Besitz handelnden Kapitel befindet, in Erläuterung des Art. 2229 diejenigen Eigenschaften näher bezeichnet, welche ein Besitz haben muß, um zur erwerbenden Verjährung zu führen, derselbe daher für die Klageverjährung, welche einen besonders qualifizirten Besitz (Art. 2228 ff.) überhaupt nicht voraussetzt, nach seiner Stellung und seinem Inhalte keine Anwendung findet;

Daß vielmehr nach Art. 2262 die Klageverjährung sowohl für dingliche, als persönliche Klagen an keine andere Voraussetzung gebunden ist, als an die Nichtausübung des vorhandenen Klagerechts während eines dreißigjährigen Zeitraumes;

Daß für dingliche Klagen das Klagerecht begründet wird durch einen diesem Rechte thatsächlich nicht entsprechenden Zustand, dasselbe also im vorliegenden Falle zur Entstehung gelangte, als der Rechtsvorgänger des Beklagten die unter Beweis gestellten Anlagen machte;

Daß der Fiskus, welcher sich nach den Parteibehauptungen

nicht etwa vertragsmäßig zur Duldung dieser Anlagen verpflichtet hatte, von dem angegebenen Zeitpunkte an jederzeit die Beseitigung derselben im Wege der Klage fordern oder die Unterbrechung der Verjährung in anderer Weise, etwa durch das Begehren einer Anerkennung, herbeiführen konnte, während die Nichtausübung dieses Rechtes, möge dieselbe in nachbarlicher Duldung oder selbst in einer Unbekanntschaft mit dem Eingriffe in das Eigenthum ihren Grund haben, den thatsächlichen Zustand in einen zu Recht bestehenden, dem Angriffe entzogenen verwandelte, indem die Absicht des Gesetzgebers bei Einführung der Verjährung den Zweck verfolgt, an sich ungewisse Rechtsverhältnisse durch den Ablauf einer gewissen Zeit festzustellen und eine Rechtsunsicherheit über die Zeit von 30 Jahren hinaus nicht bestehen zu lassen;

Daß die Annahme des Berufungsrichters, der Fiskus habe aus nachbarlicher Vergünstigung die Benutzung des Streifens thatsächlich anheim gegeben, die Einrede der Klageverjährung nicht nur nicht ausschließt, sondern sogar die Vermuthung nahe legt, daß derselbe von seinem Verbots- und Klagerechte absichtlich keinen Gebrauch habe machen wollen;

Daß daher die angefochtene Entscheidung der Kassation unterliegt und zur Zeit auf die ferneren Kassationsangriffe nicht einzugehen ist;

Aus diesen Gründen

kassirt das Reichsgericht, zweiter Civilsenat, das Urtheil des Oberlandesgerichts zu Köln vom 13. Juli 1885, verordnet u. s. w., verweist sodann die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an einen anders besetzten Senat des besagten Gerichts.

Reichsgericht. Sitzung vom 7. Mai 1886.

Ref.: H. R.-G.-Rath Iser.

Rechtsanwälte: Mecke — Dorn.

Stempelpflicht. — Konvertirung einer aus Inhaberpapieren bestehenden Anleihe. — Reichsstempelgesetz vom 1. Juli 1881.

Die von einem Kommunalverband zum Zwecke der Herabsetzung des Zinsfußes vorgenommene Konvertirung einer aus Inhaberpapieren be-

stehenden Anleihe enthält keine Tilgung der alten Anleihe und daher auch keine Ausgabe von Werthpapieren im Sinne des § 3 des Reichsstempelgesetzes vom 1. Juli 1881; dieselbe unterliegt folgeweise der Verstempelung nach der Nr. 3 des Tarifs zu dem bezogenen Gesetze auch nicht bezüglich derjenigen Obligationen, welche von dem betreffenden Kommunalverband auf Grund eines Vertrages mit Geldern einer Bank eingelöst und demnächst an diese Bank abgeführt worden sind.

Provinzial-Steuer-Direktion zu Köln — Stadt Düsseldorf.

Die Stadt Düsseldorf, welche durch Allerhöchste Ordre vom 17. Juni 1881 die Ermächtigung erhalten hatte, den Zinsfuß des nicht amortisirten Restes ihrer 4$^{1}/_{2}$ prozentigen Anleihe von fünf Millionen Mark auf 4 Prozent herabzusetzen, schloß am 19. Juli ejd. mit der Bank für Handel und Industrie zu Berlin einen Vertrag ab, zufolge dessen letztere sich verpflichtete, der Stadt die zur Einlösung der Anleihescheine, deren Beträge an die in die Zinsherabsetzung nicht einwilligenden Inhaber auszuzahlen sein würden, erforderlichen baaren Mittel für den 1. November 1881 zur Verfügung zu stellen, wogegen dann die bis zum 1. Februar 1882 eingelösten Stücke mit den vierprozentigen Couponbogen vom erstgenannten Tage ab in das Eigenthum der Bank übergehen sollten.

Zu dem angegebenen Zwecke hat die Stadt Düsseldorf nach Erlaß der entsprechenden öffentlichen Bekanntmachungen eingelöst und an die Bank abgeführt Obligationen im Nominalbetrage von . . . . 1759900 M.,
ferner aus eigenen Mitteln eingelöst und gelegentlich weiter begeben Obligationen in Höhe von 4000 „
zusammen 1763900 M.

Von dieser Summe hat der Stempelfiskal, der die stattgehabte Operation als eine Tilgung und Neuausgabe von Schuldverschreibungen im Sinne des § 3 des Reichsstempelgesetzes vom 1. Juli 1881 auffaßte, den Steuersatz von eins pro Mille, das heißt den Betrag von 1763 Mark 90 Pfg. gefordert. Von der Stadt Düsseldorf, welche die Stempelpflicht bestreitet, ist, nachdem sie den Verwaltungsweg ohne Erfolg

beschritten, der verlangte Betrag im Februar 1884 gezahlt, und hat dieselbe im Mai ejd., darauf gestützt, daß hier nicht eine Neuausgabe von Schuldverschreibungen vorliege, vielmehr nur dieselben Stücke an andere Gläubiger, namentlich die genannte Bank, weiter gegeben worden, Klage auf Zurückerstattung des gezahlten Betrages nebst fünfprozentigen Zinsen seit dem Tage der Klagebehändigung erhoben.

Das Landgericht zu Köln hat durch Urtheil vom 4. März 1885, indem es sich der Auffassung des beklagten Fiskus anschloß, die Klage kostenfällig abgewiesen.

Auf eingelegte Berufung verurtheilte das Oberlandesgericht durch Erkenntniß vom 21. Oktober 1885 unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung den beklagten Preußischen Fiskus dem Klageantrage gemäß zur Rückzahlung des Betrages von 1763 Mark 90 Pfg. nebst Zinsen vom Klagetage an.

In den Gründen führt das Oberlandesgericht zunächst, indem es näher auf die Entstehungsgeschichte des genannten Gesetzes eingeht, aus, daß die Nr. 3 des Tarifs zu demselben die dort bezeichneten Urkunden lediglich in demjenigen Akte treffen wolle und treffe, durch welchen das Werthpapier geschaffen und zum ersten Male in den Handelsverkehr gebracht werde, also die Ausstellung und erste Ausgabe — Emittirung — der Werthpapiere besteuere.

Auf den vorliegenden Fall eingehend, wird dann weiter erwogen: Untergebens sind, wie nicht bestritten wird und aktenmäßig feststeht, die fraglichen Schuldverschreibungen vor dem Inkrafttreten des Reichsstempelgesetzes vom 1. Juli 1881 ausgegeben (emittirt) worden, und muß diese Ausgabe zufolge Lit. a der Tarifnummer 3 von Stempelabgabe befreit bleiben. Die demnächst auf Grund der Allerhöchsten Cabinetsordre vom 17. Juni 1881 vorgenommene Herabsetzung des Zinsfußes kann als eine Ausgabe (Emission) nicht angesehen werden, da die Abstempelung der Anleihescheine auf 4 Prozent an den ursprünglich ausgestellten Schuldverschreibungen im Uebrigen nichts änderte. Ebensowenig darf aber auch die Begebung von eingelösten Obligationen, welche nach dem Inkrafttreten des Reichsgesetzes vom 1. Juli 1881 seitens der Berufungsklägerin an die Bank für Handel und Industrie, sowie an dritte Personen stattgefunden hat, als Ausgabe (Emission) betrachtet werden, indem bei dieser Operation keine Ausstellung

von Schuldverschreibungen erfolgte, vielmehr die Anleihescheine in dem Handelsverkehr blieben, in welchen sie durch die ursprüngliche Ausgabe eingeführt worden waren. Eine Kassirung oder Außerkurssetzung der betreffenden Anleihescheine hat nicht stattgefunden, es mußte also, da der Verpflichtungswille des Ausstellers bezüglich der Hauptschuld niemals aufgehoben worden, das Gegentheil vielmehr aus dem Erwirken der Cabinetsordre von 1881 und aus dem Inhalte des mit der Bank abgeschlossenen Vertrages zu entnehmen ist, die ursprüngliche Verbindlichkeit des Ausstellers mit dem weiteren Bestehen der Urkunde fortdauern. Wenn der erste Richter hier die Grundsätze der Confusion und Cession in einer Weise anwendet, als ob es sich um gewöhnliche Schuldverschreibungen handelte, die auf einen bestimmten Gläubiger lauten, so hat er außer Acht gelassen, daß die Inhaberpapiere eine besondere rechtliche Natur besitzen, welche von der Rechtswissenschaft und Gesetzgebung anerkannt ist. Vergl. Ihering, Dogmatik Jahrbuch X 454, Gareis, Handelsrecht § 79, Stobbe, Privatrecht III, Seite 106, 202, 210, Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 307 und Preußisches Einführungsgesetz Art. 15.

Die gegen dieses Urtheil eingelegte Revision wurde vom zweiten Civilsenate des Reichsgerichts zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die eingelegte Revision konnte keinen Erfolg haben.

Der Ausgangspunkt des Oberlandesgerichts, die Annahme, daß die Nr. 3 des Tarifs zum Reichsstempelgesetze vom 1. Juli 1881 nur die *Emittirung*, d. h. die *Ausstellung und erste Ausgabe* der dort genannten Werthpapiere besteuern wolle, ist von der Revision nicht bestritten worden. Es handelt sich also lediglich um die Prüfung der Frage, ob im gegenwärtigen Falle *eine Neuausgabe* der fraglichen Schuldverschreibungen im Sinne der Nr. 3 des genannten Tarifs vorliegt, und diese Frage ist vom Oberlandesgerichte auf Grund seiner thatsächlichen Annahme ohne Rechtsirrthum *verneint* worden.

Wie unbestritten, ist die *Einlösung der Schuldverschreibungen* der klägerischen Anleihe, von der es sich handelt, nicht in der Absicht geschehen, um dieselben einzuziehen und aus dem Verkehre herauszunehmen, sondern lediglich zu dem Zwecke, um die Konvertirung der Anleihe aus einer vier und

einhalbprozentigen in eine vierprozentige durchzuführen. Zu diesem Zwecke sind die Schuldverschreibungen der Inhaber, welche in die Herabsetzung des Zinsfußes nicht einwilligen wollten, von der Klägerin und zwar zum bei weitem größten Theile mit Geldern, welche ihr von der oben erwähnten Bank zufolge Vertrages vom 19. Juli 1881 zur Verfügung gestellt waren, zum ganz geringen Betrage auch mit eigenen Mitteln eingelöst und sodann die eingelösten Stücke, — abgesehen von einigen wenigen, welche in die Hände Dritter gelangten, — der genannten Bank, welche auf dieselben einen vertraglichen Anspruch hatte, überliefert worden.

Wenn nun zur Begründung der Revision geltend gemacht wird, daß es sich hier um Schuldverschreibungen handle, welche gekündigt und durch Zahlung eingelöst seien, damit aber, wie der Verpflichtungswille der Klägerin, so auch das Obligationsverhältniß aus denselben sein Ende erreicht habe, daß daher durch die Weiterbegebung jener Stücke in der That ein neues Schuldverhältniß begründet sei und deshalb die Anwendung der Nr. 3 des bezogenen Tarifs sich rechtfertige, so kann dem nicht beigepflichtet werden.

Es handelt sich hier nämlich um Schuldverschreibungen, die auf den Inhaber gestellt sind. Während es nun bei Obligationsverhältnissen die Regel ist, daß zwischen bestimmten Personen ein dauerndes rechtliches Band besteht, und der Uebergang der Forderung besondere obligatorische Akte, z. B. Cession, Delegation u. s. w. voraussetzt, haben die Inhaberpapiere, in welchen der Aussteller nicht einem bestimmten Gläubiger, sondern jedem Inhaber oder Vorzeiger derselben eine Leistung verspricht, wie in Rechtslehre und Judikatur anerkannt wird, den juristischen Charakter, daß das Papier die Obligation gleichsam verkörpert enthält, daher die Gläubigerschaft an dessen Besitz sich knüpft und mit der Tradition derselben übergeht. Aus diesem Wesen des Inhaberpapieres folgt aber, daß dasselbe nicht schon dadurch, daß es von dem Aussteller aus irgend einem rechtlichen Grunde zurück erworben wird, seine Kraft, den Besitzer zum Gläubiger zu machen, verliert, wie nach civilrechtlichen Grundsätzen ein Obligationsverhältniß durch Confusion erlöscht. Allerdings muß so lange, als das Papier in den Händen des Ausstellers sich befindet, weil nun kein Gläubiger vorhanden ist, das Obligationsverhältniß ruhen; wenn dann aber der Aussteller, dessen Verpflich-



tungswille fortdauert, das Papier wieder weiter begibt, so setzt sich, wie das Oberlandesgericht zutreffend annimmt, mit letzterem das dadurch begründete ursprüngliche Schuldverhältniß des Ausstellers fort, wie wenn die Zwischenperiode niemals eingetreten wäre. Vergl. Gerber, Deutsches Privatrecht, 15. Auflage S. 298 und Not. 3, Stobbe, Deutsches, Privatrecht Band III S. 210, Ihering, Jahrbücher für Dogmatik Band X S. 454, Förster-Eccius Band I S. 703.

Dieser letztere Fall liegt nun nach dem, was thatsächlich feststeht, hier vor. Wie das Oberlandesgericht hervorhebt, sind die fraglichen Schuldverschreibungen von der Klägerin in der Absicht eingelöst, daß dieselben im Handelsverkehre, in welchen sie durch die ursprüngliche Ausgabe eingeführt waren, verbleiben sollten, und dasselbe stellt ferner fest, namentlich auch aus dem vorerwähnten Vertrage, nach welchem die mit dem Gelde der Bank eingelösten Stücke in deren Eigenthum übergehen sollten, daß der Wille der Klägerin, aus diesen letzteren verpflichtet zu sein, niemals aufgehört hat. Hiernach konnte jene Einlösung nur die Wirkung haben, daß die Inhaber als Gläubiger aus dem Obligationsverhältnisse ausschieden, während die Schuldverschreibungen selbst ihre Kraft behielten. Wenn daher auf der festgestellten thatsächlichen Grundlage das Oberlandesgericht angenommen hat, daß durch die Weiterbegebung der eingelösten Verschreibungen ein neues Schuldverhältniß nicht entstanden sei und deshalb eine Emission derselben im Sinne der Nr. 3 des mehrgenannten Tarifs nicht vorliege, so ist damit rechtlich nicht verstoßen worden.

Daß endlich für die Annahme eines neuen Schuldverhältnisses der Umstand der Herabsetzung des Zinsfußes von Bedeutung sei, ist beklagtischer Seits nicht geltend gemacht und würde auch nach den in der Lehre von der Novation geltenden Grundsätzen nicht anzuerkennen sein.

Reichsgericht. Sitzung vom 25. Juni 1886.

Hypothek. — Vereinigung des Hypothekenrechts in der Hand des Eigenthümers des Pfandobjekts. — Untergang des Pfandrechts.

Die Hypothek ist auch nach französischem Recht ein Recht auf die Sache eines Anderen, so daß,

wenn der Eigenthümer des Pfandobjekts die Hypothek erwirbt, das Pfandrecht durch Consolidation untergeht und folgeweise von demselben rechtswirksam durch Cession nicht mehr übertragen werden kann.

Die mit diesem Grundsatze allerdings nicht vereinbarlichen Bestimmungen der Art. 1251 Nr. 2 und 2177 des B. G.-B. sind nur aus Gründen der Billigkeit zum Schutze des Eigenthümers gegen nachstehende Pfandgläubiger getroffen.

Boisserée — Hertz.

So entschieden vom zweiten Civilsenate des Reichsgerichts unter Zurückweisung der Revision gegen das Urtheil des Oberlandesgerichts zu Köln vom 28. Oktober 1885 aus folgenden

Gründen:

Der Beklagte gründet seinen Anspruch auf Befriedigung aus dem Kaufpreise des Hauses Heinrichstraße Nr. 26 zu Köln in dem wider August Oppenheim eingeleiteten Collokationsverfahren auf die am 15. Oktober 1880 zu Gunsten des Kaufmannes Elias bewirkte Einschreibung einer hypothekarischen Forderung, welche Oppenheim, nachdem er in der Subhastation Ansteigerer des Hauses geworden war, durch Cession erworben und am 7. Dezember 1882 mit allen derselben anhaftenden Rechten dem Beklagten übertragen hatte. Der zum Vortheile des Klägers wider dessen Schuldner Oppenheim bewirkte Pfandeintrag ist zwar erst am 26. Oktober 1882 erfolgt, aber mit Recht beansprucht Kläger den Vorrang, weil die an den Beklagten geschehene Cession wegen der eingetretenen Consolidation den Uebergang des Pfandrechts nicht bewirken konnte.

Die Hypothek wird in Art. 2114 des B. G.-B. als das dingliche Recht an einer Liegenschaft bezeichnet, welche für die Erfüllung einer Verbindlichkeit haftet; sie erscheint also nach der Auffassung des Gesetzgebers als ein Recht auf die Sache eines Anderen. Da das Eigenthum alle an einer Sache denkbaren Rechte in sich begreift (Art. 544), so kann Niemand ein Pfandrecht an der eigenen Sache haben; durch die Vereinigung des Pfandrechtes und des Eigenthums in derselben Hand (Consolidation) geht daher das Pfandrecht unter. Neuere

Rechtsbildungen haben zwar durch die zur Beförderung des Realkredits geschaffenen Grundschulden die Zulässigkeit des Pfandrechts an der eigenen Sache anerkannt, die Entstehungsgeschichte des französischen Hypothekenrechts beweist aber, daß diese Anschauung dem Bürgerlichen Gesetzbuche fremd ist.

Weder nach dem vor der Revolution in dem größten Theile von Frankreich maßgebenden römischen Hypothekenrechte, noch nach dem in einzelnen Provinzen (pays de nantissement) geltenden System war ein Pfandrecht an der eigenen Liegenschaft denkbar; der Grundsatz: nemini res sua pignori esse potest fand allgemeine Anerkennung, und die Consolidation galt, wie Pothier (12 S. 180) bezeugt, unbestrittener Maßen als unbedingter Erlöschungsgrund der Hypothek. Die Gesetzgeber des Code civil waren bestrebt, die Vorzüge der älteren Systeme in der neuen Hypothekengesetzgebung zu vereinigen; sie haben aber den Charakter der Hypothek als des Rechtes an einer fremden Sache und damit deren Erlöschen in der Hand des Eigenthümers anerkannt, wenngleich die Consolidation in das auch in anderer Beziehung unvollständige Verzeichniß der Erlöschungsgründe (Art. 2180) nicht ausdrücklich aufgenommen worden ist.

Allerdings findet diese Regel keine unbedingte Anwendung. In gewissen Fällen erwachsen auch dem Eigenthümer nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche Vortheile aus seinem Hypothekenrechte. Schon das römische Recht hatte aus Gründen der Billigkeit dem Pfandrechte des Eigenthümers die Wirkung beigelegt, daß demselben Rechtsmittel gewährt wurden, um sich gegen schlechtere Pfandgläubiger zu schützen (Vangerow Band I § 392, Windscheid Band I § 248). Ueber die Auslegung und Anwendbarkeit der betreffenden Bestimmungen bestanden aber unter den französischen Juristen Meinungsverschiedenheiten (Toullier IV Nr. 144). Die Redaktoren des Code civil erkannten, wie aus den Verhandlungen (Locré Band 12 S. 129) hervorgeht, die Nothwendigkeit der Beibehaltung und Ausdehnung dieser Sätze zum Schutze des Eigenthümers wider nachstehende Pfandgläubiger an und gewährten in Art. 1251 die gesetzliche Subrogation zum Vortheile des Erwerbers einer Liegenschaft, welcher den Kaufpreis zur Befriedigung der Hypothekargläubiger verwendet hat. Dieses Vorrecht wurde aber in den Motiven, wie in den Verhandlungen lediglich durch Billigkeitsgründe ge-

rechtfertigt und erscheint daher als Ausnahme von der aus der Natur des Pfandrechts folgenden Regel. Auf demselben Grunde der Billigkeit beruht die Bestimmung des Art. 2177, welche dem Inhaber einer Hypothek, welcher die verpfändete Liegenschaft erwirbt, im Falle der Abtretung oder der Zwangsversteigerung einen Schutz wider die nachstehenden Gläubiger durch das Wideraufleben seines erloschenen Pfandrechts gewährt.

Mit Unrecht wird von der Revision ausgeführt, daß diese Sätze keine Ausnahmebestimmungen, sondern nothwendige Folgerungen aus dem Wesen der in Art. 1300 mangelhaft definirten Confusion und der Consolidation darstellten, durch welche nur die Ausübung des Forderungs- und des dinglichen Rechts thatsächlich gehindert, der objektive Bestand aber nicht zerstört werde. Es ist anzuerkennen, daß der Art. 1300 ungenau gefaßt ist, indem es sich bei der Confusion nicht um zwei einander entgegenstehende, sondern nur um eine Verbindlichkeit handelt, und daß nicht jede, sondern nur die dauernde Vereinigung der Eigenschaften des Gläubigers und Schuldners die Erlöschung der Verbindlichkeit zur Folge hat. Wenn eine dieser Eigenschaften auf einem widerruflichen Rechtstitel beruht und in Folge einer auflösenden Bedingung die Eigenschaft des Gläubigers oder Schuldners auf eine andere Person übergeht, so wird nach Art. 1183 Alles wieder in den Zustand versetzt, wie wenn die Vereinigung nie bestanden hätte. Abgesehen von diesem Falle behält aber die persönliche, wie die dingliche Confusion ihre Wirkung.

Im vorliegenden Falle hat die Consolidation nicht etwa unter einer (zurückwirkenden) Bedingung, sondern durch die definitiven Rechtshandlungen des August Oppenheim stattgefunden, welcher sowohl den Pfandgegenstand, als die Forderung (unbedingt) erworben hat. Oppenheim ist weder entwährt, noch durch die Pfandgläubiger zur zwangsweisen Abtretung des Hauses gezwungen worden, er hat vielmehr das Haus freiwillig an den Beklagten verkauft, wie er auch die Forderung durch freiwillige Cession übertragen hatte.

Diese Cession stellt daher nach Untergang des dinglichen Rechtes ihrem Wesen nach die Bestellung einer neuen Hypothek dar und hatte den übrigen Pfandgläubigern gegenüber nur das Datum der neuen Eintragung. Eine Eintragung ist auch von



dem Beklagten am 23. Januar 1883 bewirkt worden, steht aber dem mit einer älteren Eintragung versehenen Kläger nicht entgegen.

Reichsgericht. Sitzung vom 22. Juni 1886.

Hypothekar-Inscription. — Bewirkung der Löschung derselben. — Eventuelle Verurtheilung zur Zahlung des Betrages.

Eine Partei, welche verurtheilt wird, die Entlastung der Immobilien der Gegenpartei von einer seitens eines Dritten genommenen Hypothekar-Inscription zu bewirken, kann nicht weiterhin verurtheilt werden, für den Fall, daß die Löschung nicht binnen einer bestimmten Frist erfolgt, dem Gegner die Summe, für welche die Inscription genommen ist, zu bezahlen, damit dieser selbst die Löschung bewirke.

Versicherungsgesellschaft Zürich — Clouth.

Die Firma Franz Clouth zu Nippes hat gegen die Transport- und Unfall-Versicherungsgesellschaft „Zürich" zu Zürich Klage erhoben auf Bewirkung der Löschung einer Hypothekar-Inscription, welche die Vormünderin des in der Fabrik der Klägerin verunglückten Anton Schmitz auf Grund eines wegen dieses Unfalles verurtheilenden Erkenntnisses in Höhe von 15000 Mark gegen die Klägerin genommen hatte.

Diese Klage ist durch reformirendes Urtheil des Oberlandesgerichts vom 26. März 1884 zugesprochen worden; gleichzeitig erkannte das Oberlandesgericht, daß die Beklagte für den Fall, daß die Löschung nicht innerhalb eines Monats bewirkt sei, verurtheilt werde, an die Klägerin 15000 Mark zu zahlen, damit diese selbst die Löschung bewirke.

Auf eingelegte Revision wurde das Urtheil bezüglich dieser Verfügung vom zweiten Civilsenate des Reichsgerichts aufgehoben und der desfallsige Anspruch der Klägerin abgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die Verurtheilung der Beklagten dagegen für den Fall, daß die Löschung nicht innerhalb eines Monats bewirkt sei,

an die Klägerin ein Kapital von 15000 Mark zu bezahlen, damit diese selbst die Löschung herbeiführe, beruht auf Gesetzesverletzung. Als Maßregel der Vollstreckung ist sie verfrüht und weder in § 773, noch in § 774 der Civilprozeßordnung begründet, da die Voraussetzungen dieser Bestimmungen nicht vorliegen und keine derselben den Richter zur Verurtheilung zu einer Kapitalzahlung, sondern nur zur Vorauszahlung von Kosten, beziehungsweise zu Geldstrafen ermächtigt. Ueberdies entbehrt die Unterstellung, daß es jedenfalls der Klägerin gelingen werde, mit dem ihr zuerkannten Kapitale die Befreiung ihrer Liegenschaft von der Hypothek zu bewirken, jeden gesetzlichen Grundes, und wenn es der Sinn des Urtheiles sein sollte, daß die Klägerin, wenn sie ebensowenig, wie die Beklagte, diese Befreiung erreichen sollte, dennoch das ihr zuerkannte Kapital behalten dürfe, so findet auch eine solche Verurtheilung in diesem Verfahren weder einen thatsächlichen, noch rechtlichen Anhalt.

Hiernach war dieser Theil des Urtheiles aufzuheben und aus den angeführten Gründen sofort in der Sache zu erkennen und dieser Anspruch abzuweisen.

Reichsgericht. Sitzung vom 21. September 1886.

Strafsache. — Begriff des Wortes „Eltern" und des Wortes „List" im § 235 des Strafgesetzbuchs.

Der § 235 des Strafgesetzbuchs, wonach derjenige, welcher eine minderjährige Person durch List, Drohung oder Gewalt ihren Eltern entzieht, zu bestrafen ist, versteht unter „Eltern" Vater oder Mutter, je nachdem dem Ersteren oder der Letzteren das Erziehungs- und Aufsichtsrecht, zu dessen Schutze die Strafbestimmung dient, zusteht. Das Vergehen kann daher sowohl von der Mutter dem Vater gegenüber, als auch von diesem der Mutter gegenüber verübt werden und zwar auch bei der absichtlichen Zuwiderhandlung gegen die Vollstreckung eines rechtskräftigen Civilurtheiles, welches auf Herausgabe des Kindes erkannt hat.



Heimlichkeit ist nicht mit List gleichzustellen; letztere erfordert vielmehr die Ausführung irgend eines klugen auf Täuschung berechneten Anschlags.

Strafsache gegen die Ehefrau B.

So entschieden vom ersten Strafsenate des Reichsgerichts unter Aufhebung des Urtheiles der Strafkammer des Landgerichts zu Köln vom 2. April 1886 aus folgenden

Gründen:

Die Staatsanwaltschaft hat gegen das Urtheil der Strafkammer, durch welches die Angeklagte von der Anschuldigung, zu Köln seit dem 14. April 1885 ihre beiden minderjährigen Kinder durch List dem Vater derselben entzogen zu haben, als nicht überführt freigesprochen ist, die Revision eingelegt, weil die Freisprechung auf einer Verletzung des § 235 des Strafgesetzbuchs beruhe.

Die Strafkammer ist, wie die Urtheilsgründe ergeben, zur Verneinung der Anschuldigung gelangt, weil sie das Thatbestandsmerkmal der Entziehung durch List, Drohung oder Gewalt als nicht erwiesen erachtete, und hat deshalb die Frage nicht näher untersuchen zu sollen geglaubt, ob § 235 des Strafgesetzbuchs auch dann Anwendung finden könne, wenn die Kinder dem Vater von der eigenen Mutter entzogen werden.

Letztere Frage ist zu bejahen. Das Gesetz, § 235 des Strafgesetzbuchs, versteht unter „Eltern" Vater oder Mutter, je nachdem dem Ersteren oder der Letzteren das Erziehungs- und Aufsichtsrecht, zu dessen Schutze die Strafbestimmung dient, zusteht. Daher kann aber auch das Vergehen von den Eltern selbst verübt werden und zwar sowohl vom Vater gegenüber der Mutter, wenn dieser das alleinige Erziehungsrecht zugesprochen ist, als auch von der Mutter gegenüber dem Vater. Letzterer Fall liegt der vorliegenden Anschuldigung zu Grunde, und zwar bedarf es hier weder einer Aberkennung des Erziehungsrechts der Mutter, noch einer Uebertragung dieses Rechts an den Vater, da nach dem maßgebenden Civilrechte (Art. 373 Code civil) der Vater die elterliche Gewalt mit Ausschluß der Mutter während der Ehe ausübt und auch im Falle eines Ehescheidungsverfahrens die einstweilige Obsorge über die Kinder be-

hält, bis das Gericht etwa im Interesse der Kinder eine andere Anordnung trifft (Art. 267 Code civil).

Nach der Feststellung des Instanzgerichts hat die Angeklagte in Folge von Streitigkeiten mit ihrem Ehemanne am Abende des 14. April 1885, eine zufällige Abwesenheit des Letzteren benutzend, mit beiden Kindern die eheliche Wohnung verlassen und sich mit ihnen zu ihren gleichfalls in Köln wohnenden Eltern begeben. Auch hat dieselbe einem Freunde ihres Mannes, welcher am nächsten Tage in dessen Auftrage die Kinder von ihr verlangte, erklärt, sie würde dieselben nicht herausgeben.

Die Strafkammer bezeichnet es hiernach als zweifellos, daß Gewalt oder Drohung nicht angewandt worden sei, aber auch die Anwendung von List sei zu verneinen. In letzterer Beziehung wird ausgeführt, es liege nichts dafür vor, daß die Angeklagte die Abwesenheit ihres Mannes herbeigeführt habe in der Absicht, dieselbe zur Entfernung der Kinder zu benutzen, oder daß sie ihre Entfernung vorbereitet oder sonst auf irgend eine Art die Gelegenheit dazu sich verschafft habe, sie habe eben nur die sich bietende Gelegenheit in anscheinend plötzlichem Entschlusse benutzt. Nicht jedes „heimliche" Handeln sei aber List im Sinne des § 235 des Strafgesetzbuchs. Sollte diese vorliegen, so müsse stets ein planmäßiges Einwirken auf ein „Täuschen" stattgefunden haben, und dieses sei hier nicht der Fall gewesen.

In dieser Ausführung ist eine rechtsirrthümliche Auffassung des gesetzlichen Begriffs der List nicht zu finden. Es wird in dem blosen Umstande, daß die Angeklagte, welche ihre Kinder bei sich hatte, mit diesen zur Zeit einer zufälligen Abwesenheit des Ehemannes zu ihren an gleichem Orte wohnenden Eltern ging und von dort nicht wieder zurückkehrte, das Thatbestandserforderniß der Entziehung durch List nicht gefunden, in der richtigen Annahme, daß Heimlichkeit noch nicht mit List gleichzustellen sei, welche vielmehr die Ausführung irgend eines klugen auf Täuschung berechneten Anschlags erfordert.

Dagegen beruht, da eine vollständige Beseitigung der unmittelbaren oder mittelbaren thatsächlichen Erziehungsgewalt des Wilhelm B. als schon am 14. April v. J. eingetreten nicht festgestellt wurde, die Ablehnung der Verwerthung aller späteren, dem 14. April v. J. nachgefolgten Vorgänge für die Beantwortung der Frage, ob eine Entziehung der Kinder durch

List oder Gewalt vorliege, auf einer unrichtigen Auslegung des § 235 des Strafgesetzbuchs.

Wie festgestellt ist, hat die Angeklagte in der Folge eine Ehescheidungsklage angestellt, welcher der Beklagte eine Widerklage auf Scheidung entgegensetzte. Neben diesem noch schwebenden Verfahren hat der Ehemann Klage auf Herausgabe der Kinder erhoben und unterm 14. Juli 1885 eine Verurtheilung der Angeklagten erwirkt, welche für vorläufig vollstreckbar erklärt und später rechtskräftig wurde. Am 22. Juli 1885 wurde der Versuch gemacht, das Urtheil in der Wohnung der Eltern der Angeklagten zu vollstrecken. Der Gerichtsvollzieher fand jedoch die Kinder dort nicht mehr vor, und die Angeklagte erklärte ihm, daß sie dieselben weggebracht habe, weigerte sich aber anzugeben, wohin. Dasselbe Ergebniß hatten die am 19. September und 11. Dezember 1885 wiederholten Versuche, das Urtheil zu vollstrecken, und die Anordnung eines Termins zur Leistung des Offenbarungseides.

Das Instanzgericht findet in diesen Handlungen den Thatbestand des § 235 des Strafgesetzbuchs nicht, ist aber, offenbar durch nicht zutreffende rechtliche Erwägungen beeinflußt, von näherer Erörterung und Untersuchung der in Frage stehenden Vorgänge abgestanden. Indem dasselbe davon ausgeht, daß die Strafbestimmungen des § 235 des Strafgesetzbuchs nicht gegeben sind, um die Vollstreckung von Civilurtheilen zu sichern, durch welche entschieden wurde, in wessen Obhut eine minderjährige Person sich befinden soll, kommt es zu dem Ergebniß, daß zur Erzwingung der Herausgabe der Kinder gegen die Angeklagte nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung vorzugehen sei, daß die Angeklagte auf diesem Wege einer Haftstrafe bis zu sechs Monaten unterworfen werden könne, und daß deshalb die Erklärungen, welche sie den vollstreckenden Gerichtsvollziehern abgegeben habe, so wenig unter den § 235 des Strafgesetzbuchs fallen, wie die Weigerung, den Offenbarungseid zu leisten. Die Angeklagte habe allerdings in der ausgesprochenen Absicht gehandelt, die Vollstreckung des gegen sie ergangenen Urtheiles zu vereiteln, allein § 235 sei nicht dazu bestimmt, den § 288 des Strafgesetzbuchs zu ergänzen und den Schutz hinsichtlich des Familienrechts zu gewähren, den dieser Paragraph für das Vermögensrecht enthalte. Daher könne es sich nur fragen, ob es als ein Entziehen „durch List"

betrachtet werden könne, als die Angeklagte am Abende des 14. April 1885 mit den Kindern die eheliche Wohnung verließ.

Es kann nun nicht zweifelhaft erscheinen, daß die Erwirkung vollstreckbarer Urtheile auf Herausgabe von dem Kläger widerrechtlich entzogenen Kindern nicht geeignet ist, den durch § 235 des Strafgesetzbuchs gegebenen strafrechtlichen Schutz des Erziehungsrechts zu beeinträchtigen oder in Wegfall kommen zu lassen. Soll auch durch die Bestimmung des § 235 des Strafgesetzbuchs die Vollstreckung von Civilurtheilen nicht erleichtert werden, so hindert doch das Vorgehen im Vollstreckungswege nicht, eine hierbei vorkommende Entziehung des herauszugebenden Kindes durch List, Drohung oder Gewalt unter § 235 des Strafgesetzbuchs zu stellen und zu bestrafen, und die nach bestandenem Streit durch das Gericht gegebene Entscheidung, daß die Angeklagte die beiden Kinder deren Vater herauszugeben habe, verdient mindestens ebenso viel Schutz gegen widerrechtliche Entziehung der Kinder, als das ursprünglich vorhandene unbestrittene Erziehungsrecht. Die in § 235 des Strafgesetzbuchs geforderte List oder Gewalt braucht nicht nothwendig unmittelbar gegenüber dem Elterntheil, welchem das Erziehungsrecht zusteht, ausgeübt worden zu sein; es könnte also der Thatbestand auch durch gewaltsame Wegführung der Kinder aus dem Hause der Großeltern und durch listige Vereitelung der Abholung der Kinder durch den Vollstreckungsbeamten erfüllt werden.

Das Gericht geht daher darin fehl, daß es alle späteren Handlungen der Angeklagten nur als Weigerung gegen die Vollstreckung des Civilurtheiles auffaßt, statt ohne Rücksicht auf die durch das Vollstreckungsverfahren gewährten Schutzmittel, sowie darauf, ob sich eine Handlung zugleich als Vereitelung des durch das Civilprozeßverfahren gegebenen Zwanges darstelle, selbständig zu prüfen, ob nicht eine durch List oder Gewalt ausgeführte Entziehung im Sinne des § 235 des Strafgesetzbuchs stattgefunden habe.

Die auf Verletzung des § 235 des Strafgesetzbuchs gestützte Revision erscheint daher als begründet, und mußte demnach gemäß § 393 der Strafprozeßordnung die Aufhebung des Urtheiles und der Feststellungen, sowie gemäß § 394 Abs. 2 der Strafprozeßordnung die Zurückweisung zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung erfolgen.

I. Straffenat des Reichsgerichts. Sitzung vom 21. Juni 1886.

Strafsache. — Polizeiverordnung über die Angabe des Gewichts auf dem Brode durch eingedrückten Stempel. — Ungültigkeit.

Eine Polizeiverordnung, welche die Bäcker und Verkäufer von Schwarz= oder Roggenbrod, sowie von gewöhnlichem Weißbrod verpflichtet, solches nur in einzelnen Broden, auf welchen das Gewicht durch eingedrückten Stempel in ganzen oder halben Kilogrammen angegeben ist, zu verkaufen, ist den Bestimmungen der §§ 72, 73 und 74 der Reichsgewerbeordnung gegenüber als ungültig anzusehen.

Strafsache gegen Erbschloe und Gen.

Eine am 11. Juli 1885 von dem Bürgermeister der Stadt Ronsdorf erlassene Polizeiverordnung enthält im § 1 die Bestimmung, daß die Bäcker und Verkäufer von ungebeuteltem Schwarz= oder Roggenbrod, sowie von ordinärem Weißbrod verpflichtet seien, solches nur in einzelnen Broden zu verkaufen, auf welchen das Gewicht durch eingedrückten Stempel in ganzen oder halben Kilogrammen deutlich angegeben sei. Der Bäcker Erbschloe und drei andere Bäcker in Ronsdorf, gegen welche durch polizeilichen Strafbefehl vom 2. September 1885 eine Geldstrafe von je 3 Mark festgesetzt worden war, weil sie jener Polizeiverordnung entgegen Brod verkauft hatten, auf welchem das Gewicht nicht durch eingedrückten Stempel angegeben war, wurden auf erhobenen Einspruch durch Urtheil des Schöffengerichts zu Lennep vom 13. Oktober 1885 freigesprochen, indem das Gericht davon ausging, daß die Polizeibehörde zum Erlaß der fraglichen Verordnung den Bestimmungen der §§ 72, 73 und 74 der Reichsgewerbeordnung gegenüber nicht für befugt, die Verordnung selbst daher nicht als bindend zu erachten sei. Auf die von der Staatsanwaltschaft eingelegte Berufung, welche darauf gegründet war, daß sich die fragliche Polizeiverordnung lediglich auf das Gesetz vom 11. März 1850 gründe, und daß die §§ 72 und 73 der Gewerbeordnung auf den vorliegenden Fall deshalb keine Anwendung fänden, weil es sich nur um die Kontrole der im Uebrigen von den Bäckern selbst frei zu bestimmenden Taxe handle, wurde das freisprechende Urtheil des Schöffengerichts von der Strafkammer des Königl. Landgerichts zu Elberfeld durch Urtheil vom 22. März 1886 be-

stätigt. Gegen das letztgedachte Urtheil legte die Staatsanwaltschaft Revision ein; dieselbe wurde indessen vom Strafsenate des Königl. Kammergerichts zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die Revision der Königlichen Staatsanwaltschaft, welche Verletzung der Verordnung der Ortspolizeibehörde von Ronsdorf vom 11. Juli 1885 rügt, kann für begründet nicht erachtet werden. Zwar ist durch das in der Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869 aufgestellte allgemeine Prinzip der freien Zulassung zum Betriebe von Gewerben die Befugniß der Polizei, für die Ausübung des Gewerbes auf Grund des Gesetzes vom 11. März 1850 über die Polizeiverwaltung im öffentlichen Interesse Anordnungen zu treffen, von vornherein keineswegs ausgeschlossen, und nach § 6 c a. a. O. gehört speziell das Feilhalten von Lebensmitteln zu den der polizeilichen Verordnungsbefugniß unterworfenen Gegenständen. Es ist aber von den beiden Vorinstanzen mit Recht angenommen worden, daß die qu. Polizeiverordnung trotzdem ungültig ist, da dieselbe mit den §§ 72—74 der Reichsgewerbeordnung im Widerspruch steht. Letztere stehen unter dem V. Titel unter der Ueberschrift „Taxe“. § 72 hebt die polizeilichen Taxen auf, „soweit nicht ein Anderes nachstehend angeordnet wird.“ Nach § 73 kann die Ortspolizeibehörde die Verkäufer von Backwaaren anhalten, die Preise und das Gewicht der Waaren für gewisse von ihr zu bestimmende Zeiträume durch einen von Außen sichtbaren Anschlag am Verkaufslokal zur Kenntniß des Publikums zu bringen. Der Anschlag ist kostenfrei mit dem polizeilichen Stempel zu versehen und täglich während der Verkaufszeit auszuhängen. § 74 ertheilt der Ortspolizeibehörde die Befugniß, da, wo der Verkauf von Backwaaren nur unter Anschlag der Preise gestattet ist, die Bäcker zur Aufstellung einer Waage mit Gewichten im Verkaufslokal und Gestattung des Nachwiegens der Waare anzuhalten. Schon aus der Stellung der §§ 73 und 74 ergibt sich, daß dieselben gegenüber dem in § 72 zu Tage tretenden Bestreben, den Gewerbebetrieb möglichst von beengenden Schranken zu befreien, den Charakter von Ausnahmemaßregeln tragen. Dies und der Umstand, daß in denselben durch ganz spezielle Bestimmungen die Grenzen gezogen sind, innerhalb welcher durch polizeiliche

Verordnungen die äußere Form und die Kontrole der Selbsttaxen der Bäcker geregelt werden sollten, lassen klar erkennen, daß andere, als die ausdrücklich angegebenen Beschränkungen der Bäcker zum Zwecke der Kenntlichmachung und Kontrole der Selbsttaxen nicht gestattet sein sollen. Im Widerspruch hiermit ordnet § 1 der Verordnung der Ortspolizeibehörde von Ronsdorf vom 11. Juli 1885 die Stempelung der einzelnen Brode mit der Gewichtsangabe an. Dieselbe ist also gesetzwidrig. Durch die geschehenen Zuwiderhandlungen gegen die gesetzwidrige Polizeiverordnung haben sich die Angeklagten aber nicht strafbar machen können. Dieselben sind also mit Recht freigesprochen worden.

Die Revision gegen das freisprechende Urtheil war daher als unbegründet zurückzuweisen.

Straffenat des Kammergerichts. Sitzung vom 23. September 1886.

Klage. — Erhebung derselben bei den Landgerichten. — Klageschrift. — Schriftsatz zur Rechtfertigung eines Rechtsmittels.

Bei den Landgerichten kann eine Klage nicht mündlich, sondern nur in der Weise erhoben werden, daß eine Klageschrift zugestellt wird, welche den in dem § 230 der Civilprozeßordnung gestellten Anforderungen entspricht, insbesondere nicht nur die Absicht des Klägers kund gibt, einen Rechtsstreit anhängig machen zu wollen, sondern auch eine Vorladung des Beklagten vor das Prozeßgericht enthält, woraus dieser erkennen kann, daß bezüglich des in der Klageschrift erhobenen Anspruchs ein Rechtsstreit anhängig gemacht und eine Entscheidung hierüber in dem für die Klage vorgeschriebenen Verfahren herbeigeführt werden soll.

Ein Schriftsatz, durch welchen in einer Beschwerdesache nur das Rechtsmittel der Beschwerde bei der gerichtlich angeordneten mündlichen Verhandlung gerechtfertigt werden soll, kann als Klageschrift nicht angesehen werden.

Funke und Aach — Löb.

Auf Grund einer Obligation, errichtet am 1. Dezember 1881, hat der Kaufmann Nathan Löb zu Bingen gegen die Eheleute Wilhelm Funke, Spezereikrämer zu Bingerbrück, und Dorothea geb. König, Wittwe von Franz Aach, das Subhastationsverfahren eingeleitet, und wurde auch durch Beschluß des Königl. Amtsgerichts zu Stromberg vom 6. Dezember 1883 das in der Obligation zum Pfand bestellte Wohnhaus beschlagnahmt. Gegen diese Beschlagnahme wurde von der Ehefrau Funke in eigenem Namen und als Vertreterin ihrer minderjährigen Kinder erster Ehe und dem Bahnarbeiter Richard Aach Beschwerde eingelegt und zur Begründung derselben geltend gemacht, die Forderung des Löb sei bezahlt, außerdem habe das beschlagnahmte Haus zu der zwischen der Ehefrau Funke und deren verstorbenen ersten Ehemanne bestandenen Gütergemeinschaft gehört, stehe daher im Miteigenthum der Kinder aus dieser Ehe, welche für die Schuld aus der erwähnten Obligation nicht hafteten.

Vom Königl. Landgerichte zu Coblenz wurde angeordnet, daß über die Beschwerde mündlich verhandelt werden solle. Zu dem auf den 2. Juli 1884 anberaumten Termine wurde Löb durch einen ihm auf Anstehen der Ehefrau Funke und des Richard Aach zugestellten Schriftsatz geladen. Bei der mündlichen Verhandlung vom 15. Juli 1884 machten die Letzteren geltend, daß ihr Anspruch, falls die Beschwerde als solche unzuläßig erscheinen sollte, im Wege der förmlichen Klage erhoben werde, indem der Schriftsatz, mittelst dessen geladen worden sei, den Erfordernissen einer Klageschrift entspreche. Auch erboten sie zur Klage Beweis über die in der Beschwerdeschrift behaupteten Thatsachen.

Löb erhob ausdrücklich Widerspruch dagegen, daß die Ladung zum Termine vom 2. Juli als Klage aufgefaßt werde, weil lediglich eine Ladung zur Verhandlung über die Beschwerde vorliege, beantragte aber für den Fall, daß diese Ladung dennoch als Klage aufgefaßt würde, deren Abweisung, indem er die behaupteten Thatsachen bestritt.

Durch Beschluß des gedachten Landgerichts vom 15. Juli 1884 wurde hierauf die sofortige Beschwerde gegen die Beschlagnahmeverfügung des Amtsgerichts als unzuläßig verworfen, und wurden den Beschwerdeführern die Kosten des eingeschla-

genen Verfahrens zur Last gelegt, weil die erhobenen Ansprüche nach den §§ 686 und 690 der Civilprozeßordnung auf dem Wege der Klage hätten geltend gemacht werden müssen. Durch Beweisbeschluß vom nämlichen Tage wurde jedoch angeordnet, daß über die Behauptungen der „Kläger“ durch Vernehmung von Zeugen Beweis erhoben werden solle.

Nach Beendigung des Beweisverfahrens kam die Sache am 12. Oktober 1885 wieder zur mündlichen Verhandlung. Bei dieser beantragten die Kläger die Aufhebung der Beschlagnahmeverfügung. Der Beklagte wiederholte seine Einrede der Unzulässigkeit des in Frage stehenden Verfahrens, indem er geltend machte, daß eine Klage nicht vorliege, beantragte aber eventuell Abweisung der Klage.

Durch Urtheil vom 21. Oktober 1885 wurde die Beschlagnahmeverfügung aufgehoben und der Beklagte zu einer näher zu liquidirenden Entschädigung, sowie zu den Kosten des Rechtsstreits verurtheilt. In den Urtheilsgründen wurde zunächst ausgeführt: Die Erhebung einer Klage erfolge nach § 230 der Civilprozeßordnung durch Zustellung eines den Vorschriften des Absatzes 2 dieses Paragraphen entsprechenden Schriftsatzes. Der auf Anstehen der Kläger zugestellte Schriftsatz genüge aber diesen Anforderungen. Da Kläger zugleich in der mündlichen Verhandlung Anträge zur Klage gestellt hätten, habe sonach einer Verhandlung über die Klage nichts entgegengestanden, und erscheine deshalb der Einwand des Beklagten, daß es sich lediglich um eine Verhandlung über die Beschwerde gehandelt habe und eine Klage nicht vorhanden sei, als unbegründet. Sodann wurde dargelegt, daß die Beschlagnahme aufzuheben sei, weil den Kindern aus der ersten Ehe der Ehefrau Funke in der That ein Miteigenthum an dem beschlagnahmten Hause zustehe.

Gegen dieses Urtheil legte der Beklagte Berufung ein und beantragte bei der mündlichen Verhandlung, die ihm am 14. Juni 1884 in der Beschwerdesache zugestellte Vorladung, sowie die darin gestellten Anträge als durch den Beschluß des Landgerichts Coblenz vom 15. Juli 1884 für erledigt zu erklären und das angefochtene Urtheil wegen Nichtvorhandensein einer Klage, eventuell als unbegründet kostenfällig aufzuheben. Von den Klägern wurde Verwerfung der Berufung aus den Gründen des ersten Richters beantragt.

Durch Urtheil des Oberlandesgerichts zu Köln vom 23. Januar 1886 wurde unter Abänderung des angefochtenen Urtheiles der als Klage bezeichnete Antrag der Kläger, wie angebracht, abgewiesen.

Gegen dieses Urtheil legten die Kläger Revision ein; dieselbe wurde indessen vom zweiten Civilsenate des Reichsgerichts zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die Revision erscheint als unbegründet. Die Klage kann in dem Verfahren vor den Landgerichten nicht in der Weise erhoben werden, daß bei der Verhandlung der erhobene Anspruch mündlich geltend gemacht und der darauf gestützte Antrag erst dann schriftlich formulirt wird. Vielmehr kann die Klageerhebung nur in der Weise erfolgen, daß eine Klageschrift zugestellt wird, welche den in § 230 der Civilprozeßordnung gestellten Anforderungen entspricht. Hierzu wird aber vor Allem vorausgesetzt, daß der Kläger die Absicht kund gibt, einen Rechtsstreit anhängig zu machen, d. h. die Rechtshängigkeit einer Streitsache im Sinne des § 235 der Civilprozeßordnung zu begründen. Ein Schriftsatz, durch den nicht eine solche Klage erhoben, sondern ein Rechtsmittel, sei es Berufung oder Beschwerde, gerechtfertigt werden soll, kann als Klageschrift nicht angesehen werden. Nach § 230 der Civilprozeßordnung muß die Klageschrift außer den in Ziffer 1 und 2 dieser Vorschrift bezeichneten Angaben die Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht zur mündlichen Verhandlung des — durch die Klage einzuleitenden — Rechtsstreits enthalten. Diesem Erforderniß ist aber nur dann genügt, wenn zur Verhandlung über einen in der Klage erhobenen Anspruch vor das Prozeßgericht geladen worden ist, und der Beklagte erkennen kann, es solle bezüglich dieses Anspruchs ein Rechtsstreit anhängig gemacht und eine Entscheidung hierüber in dem für die Klage vorgeschriebenen Verfahren herbeigeführt werden. Diesen Anforderungen genügt der Schriftsatz nicht, durch welchen nur ein Rechtsmittel begründet werden soll. Der Gegner wird hierdurch nicht zur Verhandlung über eine Klage, also auch nicht zur mündlichen Verhandlung „des Rechtsstreits" im Sinne des § 230 cit. geladen. Er hat, wenn er das Rechtsmittel für unzulässig oder unbegründet hält, keine Veranlassung,



bei der mündlichen Verhandlung zu erscheinen, und ist nicht darauf vorbereitet, daß bei der mündlichen Verhandlung eine Klage gegen ihn erhoben werden soll, braucht sich auf eine solche auch nicht einzulassen. Im vorliegenden Falle läßt nun der in Frage stehende Schriftsatz nirgends erkennen, daß eine Klage von dem Beschwerdeführer, wenn auch nur eventuell, erhoben werden solle. Vielmehr war der Zweck desselben nur die Begründung der erhobenen Beschwerde. Wäre der Gegner des Beschwerdeführers bei der mündlichen Verhandlung nicht erschienen, so hätte ein Versäumnißurtheil bezüglich der bei der Verhandlung erhobenen „Klage" nicht erlassen werden dürfen. Das läßt aber deutlich erkennen, daß eine Klageschrift nicht existirte, sondern die Sache ebenso lag, wie wenn ein Schriftsatz überhaupt nicht zugestellt und dann die Klage, wie es auch im gegebenen Falle geschehen ist, mündlich erhoben worden wäre. Die angefochtene Entscheidung erscheint hiernach als gerechtfertigt. Daß das Berufungsgericht den als Klage bezeichneten Antrag der Kläger, „wie angebracht", abgewiesen und dadurch klargestellt hat, daß über die Sache selbst nicht entschieden sei, sonach die aus formellen Gründen erfolgte Zurückweisung des Antrages einer erneuerten Geltendmachung des Anspruchs auf dem Wege der Klage nicht im Wege stehe, kann nicht beanstandet werden.

Hiernach war das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Reichsgericht. Sitzung vom 8. Oktober 1886.

Nachbarliche Duldung. — Industrielle Etablissements. — Oertliche Verhältnisse.

Für die Frage, ob die mit der Ausnutzung industrieller Etablissements für die benachbarten Grundstücke verbundenen Belästigungen das zulässige Maß nachbarlicher Duldung überschreiten, sind nach Umständen auch die örtlichen Verhältnisse in Betracht zu ziehen, so daß die Eigenthümer in industriereichen Orten ein größeres Maß derartiger Belästigungen sich gefallen lassen müssen, als dieses sonst der Fall ist.

Loersch — Oberbilker Stahlwerke.

Der Ingenieur Wilhelm Loersch, welcher Eigenthümer eines zu Oberbilk bei Düsseldorf in einer Entfernung von 330 Metern von der Fabrik der Aktiengesellschaft Oberbilker Stahlwerke gelegenen Hauses ist, hat gegen die genannte Gesellschaft Klage zum Landgericht Düsseldorf erhoben mit dem Antrage, zu erkennen, daß die Beklagte nicht berechtigt sei, die Dampfhämmer ihrer Fabrik in der Weise zu benutzen, daß dadurch das klägerische Haus Erschütterungen erleide und dadurch geschädigt und fast unbewohnbar gemacht werde, demnach der Beklagten eine derartige Benutzung zu untersagen und dieselbe zum Schadensersatz zu verurtheilen.

Die Klage wurde vom Landgerichte abgewiesen und die hiergegen erhobene Berufung vom Oberlandesgerichte durch Urtheil vom 14. Januar 1886 verworfen. In den Gründen dieses Urtheiles heißt es:

Wie der erste Richter zutreffend ausgeführt, können, was die nachbarlichen Verhältnisse betrifft, nicht in allen Fällen die auf die Spitze getriebenen Consequenzen des Eigenthumsrechtes Platz greifen, weil sonst jedes Nebeneinanderwohnen fast unmöglich, jeglicher Betrieb eines industriellen Unternehmens aber gänzlich unmöglich sein würde; vielmehr hat der Richter bei Kollisionsfällen nach den Prinzipien der Billigkeit diejenigen Grenzen nachbarlicher Duldung zu ziehen, welche in jedem einzelnen Falle durch die Nothwendigkeit des Nebeneinanderbestehens der einzelnen Glieder der bürgerlichen Gesellschaft bedingt werden. Es können diese Grenzen aber nicht überall gleichmäßige sein, dieselben sind vielmehr jedesmal den besonderen Verhältnissen anzupassen und müssen nothwendigerweise in Ortschaften, welche einen ausgeprägten industriellen Charakter haben, der Möglichkeit der Existenz der Industrie, soweit billig, Rechnung tragen und zwar um so mehr, als dergleichen Ortschaften, wie dies auch thatsächlich im untergebenen Falle zutrifft, der Industrie fast stets ihre Entstehung und Existenz verdanken. Oberbilk besitzt zahlreiche industrielle Etablissements und kann unbedenklich als vorzugsweise der Industrie dienende Ortschaft angesehen werden. Wer in dieser Ortschaft ein Haus baut, weiß im Voraus, daß er mit den Benefizien, welche ihm die Industrie bietet, als höherer Verkaufs- und höherer Miethwerth des ohne die Industrie vielleicht nur

den Werth einer ländlichen Besitzung repräsentirenden Hauses, auch diejenigen Nachtheile, welche in einer Ortschaft industriellen Charakters unvermeidlich sind, mit in den Kauf nehmen muß. Wenn Kläger zur Zeit des industriellen Niederganges, als gerade das Werk der Beklagten stille lag, gebaut hat, so mußte er sich sagen, daß dieser Zustand voraussichtlich ein dauernder nicht sein werde. Ist aber von den vorerörterten Gesichtspunkten auszugehen, so können die durch Erschütterungen des klägerischen Hauses hervorgerufenen Belästigungen einen Klagegrund nicht geben, weil sie, von allem Anderen abgesehen, nicht derart bedeutend sind, daß sie das Maß der nachbarlichen Duldung überschritten. (Folgen Ausführungen thatsächlicher Natur.)

Die gegen dieses Urtheil eingelegte Revision wurde vom zweiten Civilsenate des Reichsgerichts zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Bezüglich der durch den Betrieb des Hammers hervorgerufenen Erschütterungen des Hauses hat der Berufungsrichter die Lage des Hauses in einem industriereichen Orte berücksichtigt und angenommen, daß in einem solchen der Eigenthümer sich ein größeres Maß von Belästigung durch den Nachbar gefallen lassen müsse, als dies sonst der Fall sei.

Die Revision erblickt in dieser Auffassung einen Rechtsirrthum, indem sie aufstellt, daß es bei der Frage, wie weit die nachbarliche Duldung auszudehnen sei, auf derartige zufällige Verhältnisse nicht ankommen könne, daß vielmehr die Grenze der Befugnisse des Eigenthümers und sein Recht, fremde Einwirkungen abzuwehren, als vom Gesetze gleichmäßig gezogen angesehen werden müßten. Diese Rüge erscheint nicht begründet. Der Berufungsrichter geht mit Recht davon aus, daß im Allgemeinen feste Grenzen in Bezug auf das Maß derjenigen Duldung, welcher ein Eigenthümer ohne Verletzung der aus seinem Eigenthume fließenden Rechte dem Nachbar gegenüber unterworfen ist, nicht gezogen werden können, sondern daß sich diese Grenzen nach den individuellen Verhältnissen und nach der jedesmaligen thatsächlichen Sachlage richten. Es folgt dies aus der Natur der hier in Betracht kommenden und in jedem Falle vom Richter zu beurtheilenden Billigkeitsrücksichten, welche als Grund der nachbarlichen Duldung an-

zusehen sind. Daraus ergibt sich aber von selbst, daß im einzelnen Falle auch darauf Rücksicht genommen werden darf, daß es sich um ein Grundstück in einem Industrieorte handelt, wo der Einzelne seine Thätigkeit nicht entwickeln kann, ohne dem Nachbar ein gewisses Maß der Belästigung zuzufügen. Es ergibt sich daraus ferner, daß, wie ebenfalls in den Gründen des Urtheiles geschehen ist, darauf Rücksicht genommen werden kann, daß das Haus, dessen Erschütterung in Frage steht, erst errichtet worden ist, nachdem das industrielle Werk, durch welches die Erschütterung verursacht wird, längst vorhanden war.

Wenn hiernach der Berufungsrichter bezüglich der auch im Gebiete des französischen Rechts anerkannten nachbarlichen Duldung im Allgemeinen von den richtigen Grundsätzen ausgegangen ist, so war die Anwendung dieser Grundsätze im Einzelnen wesentlich Sache der thatsächlichen Würdigung. (Folgen Ausführungen, daß in den betreffenden thatsächlichen Feststellungen des Oberlandesgerichts Rechtsirrthümer nicht gefunden werden könnten.)

Reichsgericht. Sitzung vom 15. Oktober 1886.

Offene Handelsgesellschaften. — Dieselbe Firma an verschiedenen Orten. — Getrennte Geschäfte. — Thatsächliche Feststellungen der Instanzgerichte.

Dieselben Personen können unter derselben Firma an verschiedenen Orten selbständige, von einander unabhängige offene Handelsgesellschaften errichten. Die thatsächlichen Voraussetzungen zu dieser Annahme liegen vor, wenn die an verschiedenen Orten mit gleicher Bezeichnung eingetragenen Firmen selbständige Geschäfte mit getrenntem Sitze, getrenntem Geschäftsbetrieb nach Innen und Außen und getrenntem Vermögen gebildet haben.

Schlußfolgerungen der Instanzgerichte aus Urkunden, die weder zu den Gerichtsakten genommen,



noch ihrem Inhalte nach in dem Thatbestande des Urtheiles wiedergegeben sind, bilden keine den Revisionsrichter bindende thatsächliche Feststellungen.

Böhmische Unionbank und Gen. — Konkurs Ader & Gries.

Sowohl in Essen, als in Düsseldorf war eine offene Handelsgesellschaft mit der Firma Ader & Gries, deren Theilhaber dieselben Personen Heinrich Ader und Karl Gries waren, in's Handelsregister eingetragen. Im Jahre 1882 wurden, nachdem mittlerweile der Theilhaber Gries gestorben war und Ader mit dessen Erben auf Grund eines Vertrages vom 4. April 1881 beide Geschäfte fortgesetzt hatte, sowohl in Essen, als in Düsseldorf selbständige Konkurse gegen die besagten Firmen eröffnet.

Eine Reihe von Gläubigern der zu Essen bestandenen Firma, unter diesen die böhmische Unionbank zu Prag, meldeten sowohl im Konkurse zu Essen, als im Konkurse zu Düsseldorf ihre Forderungen an. Im letzteren Konkurse wurden diese Forderungen als nicht dahin gehörig bestritten, weshalb die böhmische Unionbank und die übrigen in derselben Lage befindlichen Gläubiger gesonderte Klagen gegen den Verwalter des Konkurses zu Düsseldorf zum Landgerichte daselbst auf Anerkennung und Zulassung ihrer Forderungen erhoben.

Es wurde über diese Klagen gleichzeitig verhandelt, wobei zur Begründung derselben geltend gemacht wurde, es habe von Anfang an nur eine einzige offene Handelsgesellschaft mit Sitzen in Essen und Düsseldorf bestanden, jedenfalls aber wäre nach dem Tode des Theilhabers Karl Gries in Folge des Vertrages vom 4. April 1881 eine Aenderung eingetreten und seit dieser Zeit nur eine Gesellschaft anzunehmen, so daß die Gläubiger der einen Firma auch in dem Konkurse der anderen anzumelden berechtigt seien.

Der Beklagte behauptete das Bestehen zweier selbständigen Handelsgesellschaften.

Das Landgericht wies durch Urtheil vom 4. Juli sämmtliche Klagen ab, und die hiergegen erhobene Berufung wurde vom Oberlandesgerichte durch Urtheil vom 11. Juli 1885 zurückgewiesen und zwar im Wesentlichen aus folgenden Gründen:

Der erste Richter habe in zutreffender Weise in Ermanglung einer ausdrücklichen Stipulation der Gesellschaft über das Verhältniß der Firmen zu einander aus unbestritten vorliegenden thatsächlichen Anhaltspunkten, insbesondere aus der Art der Eintragung der Firmen, sowie aus der aus den Büchern und Correspondenzen sich ergebenden vollständig getrennten Geschäftsführung den Schluß gezogen, daß zwei selbständige offene Handelsgesellschaften bis zur Konkurseröffnung bestanden haben. Ebenso zutreffend habe er den Einwand, daß hieran nach dem Tode des Gesellschafters Gries sich etwas geändert habe, zurückgewiesen. Die Behauptung, daß das Bestehen zweier selbständigen Handelsgesellschaften unter denselben Personen selbst an verschiedenen Orten, also mit verschiedenen Firmen juristisch unzuläßig sei, entbehre der gesetzlichen Grundlage.

Auf eingelegte Revision hob das Reichsgericht, zweiter Civilsenat, dieses Urtheil auf aus folgenden

Gründen:

1. Der Ansicht des Oberlandesgerichts, daß die Begründung zweier selbständigen offenen Handelsgesellschaften durch die nämlichen Personen rechtlich möglich sei, ist in Uebereinstimmung mit der Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts (Band 24 Nr. 47) beizupflichten.

Die Personen, welche eine offene Handelsgesellschaft gründen, schaffen unter Ausscheidung eines Theiles ihres Vermögens, wenn auch keine juristische Person, doch ein Rechtssubjekt mit selbständigem Vermögen (Handelsgesetzbuch Art. 111). Es besteht nun durchaus kein rechtliches Hinderniß, daß die nämlichen Personen mehrere solcher Rechtssubjekte mit selbständigem Vermögen schaffen. Aus dem Umstande, daß dieselbe physische Person, auch wenn sie unter verschiedenen Firmen und an verschiedenen Orten getrennte Geschäfte treibt, immer nur ein Vermögen haben kann, läßt sich hiergegen nichts folgern; denn eine und dieselbe physische Person kann auch nicht verschiedene Rechtssubjekte darstellen. Man verkennt das Wesen der offenen Handelsgesellschaft, wenn man für die Frage, ob verschiedene Gesellschaften anzunehmen seien, entscheidendes Gewicht auf die Personen legt, die sie bilden, und so Gesellschaft und Gesellschafter identifizirt. Es ist nie aus dem Auge zu ver-

lieren, daß die offene Handelsgesellschaft in so fern ganz unabhängig von den Personen der Gesellschafter ist, als sie neben denselben ein besonderes Rechtssubjekt mit selbständigem Vermögen bildet. Sowie daher das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft von dem Vermögen eines jeden Gesellschafters zu trennen ist, so ist auch im Falle, wo mehrere offene Handelsgesellschaften unter denselben Gesellschaftern bestehen, anzuerkennen, daß jede Gesellschaft ebenso der anderen Gesellschaft, wie den einzelnen Gesellschaftern gegenüber ihr selbständiges Vermögen besitze.

Auch aus dem Umstande, daß solidarische Verpflichtungen der nämlichen Personen bei beiden in besagter Weise begründeten Gesellschaften in Frage stehen, läßt sich ein Einwand nicht herleiten; denn wäre dies von Belang, so müßte jede offene Handelsgesellschaft für alle Schulden haften, welche die sämmtlichen Gesellschafter aus irgend einem außerhalb des Geschäftsbetriebes der Gesellschaft liegenden Grunde solidarisch eingehen, was unzweifelhaft nicht der Fall ist.

Ist Vorstehendes richtig, so kann es auch nicht von Belang sein, daß im vorliegenden Falle beide Gesellschaften die nämliche Firma führten.

Wesentlich ist nur, daß sie dem Publikum gegenüber sich als verschiedene Rechtssubjekte bestimmt kennzeichneten; diese Voraussetzung aber trifft zu, wenn festgestellt ist, daß ihr Sitz ein verschiedener war, und daß an jedem dieser Sitze ein selbständiger Geschäftsbetrieb stattfand.

2) Es kann sich daher nur fragen, ob für den vorliegenden Fall genügend festgestellt sei, daß in der That zwei selbständige offene Handelsgesellschaften gegründet wurden und beim Ausbruche der Konkurse bestanden. Dies ist aber zu verneinen.

Für fragliche Feststellung war die Art und Weise, wie die Gesellschaften nach Außen hin (Art. 86 und 110 des Handelsgesetzbuchs) in's Leben getreten sind und ihre Geschäfte betrieben haben, von maßgebender Bedeutung.

Thatbestand und Gründe des angefochtenen, sowie des in Bezug genommenen erstrichterlichen Urtheiles zeigen nun in dieser Hinsicht so erhebliche Mängel, daß es nicht möglich erscheint, zu beurtheilen, ob das Oberlandesgericht überall von den rich-

tigen rechtlichen Gesichtspunkten ausgegangen sei. Hauptsächlich ist zu rügen, daß der Inhalt der Handelsregistereinträge, sowohl was die ursprüngliche Gründung der Handelsgesellschaften, als was den Eintritt der Erben Gries betrifft, aus den Akten nicht zu ersehen ist. Es sind weder bezügliche Auszüge den Akten beigefügt, noch ist im Thatbestande oder auch nur in den Gründen der Wortlaut jener Einträge angegeben, vielmehr begnügt sich das Oberlandesgericht, seine aus der Einsicht derselben gewonnene Ueberzeugung auszusprechen, daß zwei selbständige offene Handelsgesellschaften begründet worden seien und sich hieran auch später bei Anlaß des Eintritts der Erben Gries nichts geändert habe.

Es kann nun aber dem Revisionsrichter nicht zugemuthet werden, Folgerungen, welche der Berufungsrichter aus dem Inhalte von Urkunden über Sinn und Bedeutung derselben zieht, ohne Weiteres als rein thatsächliche Feststellungen anzuerkennen, vielmehr ist er ebenso berechtigt, als verpflichtet, zu verlangen, daß ihm der Inhalt der Urkunden mitgetheilt werde, um beurtheilen zu können, ob nicht jenen Folgerungen eine falsche Rechtsansicht zu Grunde liege.

Auch erscheint es dem Willen des Gesetzes nicht entsprechend, daß etwa der Thatbestand, auf Grund dessen der Revisionsrichter zu urtheilen hat (§ 524 der Civilprozeßordnung), erst dadurch gewonnen, beziehungsweise ergänzt werde, daß die Parteien bei der Verhandlung in der Revisionsinstanz die betreffenden Urkunden vorlegen.

Es ist daher der Berufungsrichter verpflichtet, entweder den Inhalt der Urkunden, soweit er für die Entscheidung von Belang sein kann, in seinem Thatbestande wortgetreu zu beurkunden oder aber (was der Regel nach sachgemäßer erscheint) auf die den Akten beizufügenden und bis zum Eintritte der Rechtskraft der Entscheidung bei denselben zu belassenden Urkunden Bezug zu nehmen.

Ferner ist darauf hinzuweisen, daß auch vom Inhalte der übrigen Urkunden, auf welche das Oberlandesgericht Werth legt, mit Ausnahme der aus denselben gezogenen Folgerungen nichts mitgetheilt ist, so insbesondere betreffs des Vertrages vom 4. April 1881, sowie der Bücher und Correspondenzen, welche über den Geschäftsbetrieb Aufschluß geben.

In letzterer Beziehung ist nicht ersichtlich, ob die Frage, in wie fern sich im Geschäftsbetriebe nach Außen hin das Bestehen zweier selbständigen Rechtssubjekte bekundet habe, genügend gewürdigt worden ist.

Es war daher das angefochtene Urtheil aufzuheben, die Sache selbst aber vor den Berufungsrichter zurückzuweisen.*)

Reichsgericht. Sitzung vom 14. Mai 1886.

---

*) Das Oberlandesgericht, zweiter Civilsenat, hat demnächst nach wiederholter Verhandlung der Sache durch Urtheil vom 25. September 1886 die Berufung gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 4. Juli 1883 verworfen aus folgenden

Gründen:

Entsprechend den Ausführungen des für die Entscheidung der vorliegenden Sache in rechtlicher Hinsicht maßgebenden Urtheiles des Reichsgerichts vom 14. Mai 1886 würde die durch den Vorderrichter erfolgte Abweisung der Klage gerechtfertigt sein, sofern thatsächlich die in den Handelsregistern zu Essen und Düsseldorf eingetragenen Firmen Ader & Gries selbständige Handelsgesellschaften mit getrenntem Sitz, Geschäftsbetrieb nach Außen und Vermögen gebildet haben, indem in diesem Falle den Gläubigern des Düsseldorfer Konkurses ein die Kläger als Gläubiger des Essener Konkurses ausschließendes Recht auf die Konkursmasse des Düsseldorfer Geschäftes zusteht. Diese thatsächliche Voraussetzung ist aber nach dem vorliegenden Material als vorliegend zu erachten. Zunächst ergibt die aus der Prozedur des Essener Konkurses gegen den Düsseldorfer Konkurs mitgetheilte, in ihrer thatsächlichen Richtigkeit nicht bestrittene und glaubwürdige Aussage des Zeugen Heinrich Ader in Verbindung mit den mündlichen Erklärungen der Parteien hinsichtlich der Entstehungsgeschichte der beiden Firmen, daß die ursprünglichen Theilhaber H. Ader und C. Gries im Jahre 1877 die Essener Firma gründeten, in welche der Erstere als Vermögen zwei Lagerplätze in Essen, der Letztere dagegen einen Lagerplatz in Düsseldorf und einen solchen in Wipperfürth einbrachten, und daß im Jahre 1878, weil das Lager in Düsseldorf mit Verlust arbeitete, der Theilhaber Gries nach Düsseldorf zog und die Leitung des dortigen Geschäftes, welches mit dem Lager in Wipperfürth in Verbindung stand und aus demselben versorgt wurde, selbständig übernahm, bei welcher Gelegenheit die Firma Ader & Gries ohne irgend welche Bezugnahme auf die in Essen bestehende und dort gleichlautend eingetragene Firma als in D ü s s e l d o r f errichtet und mit dem 1. Juli 1878 begonnen habend in das Handelsregister zu D ü s s e l d o r f eingetragen wurde.

Wenn nun auch die von Ader weiter bekundete Vereinbarung mit Gries, wonach jeder für sich selbständig arbeiten und Ader den Gewinn des Essener, Gries den Gewinn des Düsseldorfer Geschäfts beziehen sollte (ohne daß jedoch eine völlige Trennung erzielt worden wäre), nach seiner ferneren Aussage und den Verhandlungen nach dem Tode

Vertrag. — Nichterfüllung. — Schadensersatz. — Guter Glaube. — Subjektives Verschulden.

Derjenige, welcher eine von ihm übernommene vertragliche Verbindlichkeit nicht erfüllt, ist seinem Mitkontrahenten gegenüber auch dann zum Schadensersatze verpflichtet, wenn er bei Uebernahme der Vertragsverbindlichkeit hinsichtlich des später der Erfüllung entgegentretenden Hindernisses in gutem Glauben sich befand und ihn ein subjektives Verschulden nicht trifft.

Königliche Regierung zu Aachen — Schmitz.

Der Königl. Preußische Fiskus, vertreten durch die Regierung zu Aachen, hat unterm 24. Mai 1877 mehrere zum

---

des Carl Gries, insbesondere dem Vertrage vom 4. April 1881 nicht über den Tod des Gries hinaus fortgedauert hat, so ergeben doch die weiteren Erklärungen des Ader und der Inhalt des vorgelegten Hauptbuchs der Düsseldorfer Firma, sowie die die Geschäftsführungen betreffenden Literalien, insbesondere die von dem Verklagten vorgelegten, sowie die bei den Konkursakten befindlichen Fakturen und Contokurrente, daß von der Zeit der Eintragung in Düsseldorf bis zur Konkurserklärung beide Geschäfte mit getrenntem Vermögen selbständig, insbesondere auch nach Außen hin geführt worden sind, indem Bestellungen, Lieferungen und Leistungen seitens der Kunden und an dieselben immer nur an das Geschäft in Essen oder das Geschäft in Düsseldorf erfolgten, beziehungsweise von dem einen oder anderen ausgingen, wie dieses weiterhin auch aus dem Umstande folgt, daß bei dem Ausbruche der Konkurse in thatsächlicher Hinsicht weder darüber ein Zweifel bestand, welche Gläubiger solche des Essener und welche solche des Düsseldorfer Geschäftes waren, noch darüber, welches Vermögen zu dem einen und welches zu dem anderen Geschäfte gehörte und demnach zu dem einen oder zu dem anderen Konkurse zu ziehen war.

Insbesondere hat die klägerische Unionbank zu Prag in getrenntem Contokurrentverkehr sowohl mit der Firma in Essen, als mit der Firma in Düsseldorf gestanden und war demgemäß bei Ausbruch des Konkurses im Besitze getrennter Forderungen gegen die einzelnen Firmen; ebenso hat ein Contokurrentverkehr bestanden zwischen der Firma Ader & Gries in Essen und der Firma Ader & Gries in Düsseldorf, aus welchem Verhältniß von der letzteren gegen die erstere beim Ausbruch des Konkurses ausweise der betreffenden Tabelle eine Forderung in Höhe von 3121 Mark 85 Pfg. in Anspruch genommen und zu dem Essener Konkurse angemeldet wurde.

Das diesen Momenten, sowie der streng getrennten Buchführung überhaupt beizulegende Gewicht kann nicht durch die Ausführnngen der Kläger beseitigt werden, daß eine solche getrennte Buchführung auch bei



Pfarrdotalfond der Kirche zu Froitzheim gehörige Grundstücke, welche auf Grund des Gesetzes vom 22. April 1875 beschlagnahmt worden waren, an den Gutsbesitzer Christian Joseph Schmitz zu Froitzheim verpachtet. Nachdem der Streit über das Eigenthum an den Pfarrdotalgütern im Januar 1880 endgültig zu Ungunsten des Fiskus entschieden worden war, wurde dem Schmitz der Genuß der ihm verpachteten Parzellen entzogen. Derselbe erhob daraufhin Klage gegen den Fiskus zum Landgerichte Aachen, durch welche er neben anderen Ansprüchen volle Ersatzleistung dafür verlangte, daß ihm die vertragliche Benutzung der verpachteten Parzellen und alle damit verbundene Vortheile seit der Ernte 1880 entzogen worden seien.

Der Fiskus bestritt diesen Klageanspruch mit der Behaup-

Haupt- und Zweigniederlassungen vorzukommen pflege und auch hier durch die Lage der Verhältnisse geboten sei, indem untergebens die entscheidende Bedeutung der getrennten Buchführung in der Verbindung mit dem Umstande zu finden ist, daß bei im Uebrigen getrennt gebildeten und gehaltenen Vermögensmassen und ohne jegliche Ueberweisung von Activen und Passiven von dem einen auf das andere die wirthschaftliche Selbständigkeit beider Geschäfte auch aus der Art der Buch- und Geschäftsführung sich dahin ergibt, daß zwar dieselben socii an beiden Geschäften mit gleichen Antheilen betheiligt waren, dagegen irgend ein Betheiligungsverhältniß der Geschäfte unter sich nicht bestanden hat und die Kunden des einen Geschäfts mit dem anderen Geschäfte niemals in irgend eine rechtliche oder thatsächliche Beziehung getreten sind.

Die zu dieser Annahme führenden vorstehend erörterten Momente werden durch die weiteren Umstände unterstützt, daß beide Geschäfte auch nicht denselben Geschäftsbetrieb hatten, indem, wie die gedruckten Köpfe auf den Briefen, Fakturen und dergl. ergeben, die Firma in Düsseldorf nur ein Holz- und Kohlengeschäft betrieb, dagegen die Firma in Essen außerdem Coakshandlung, Landesproduktengeschäft, ferner Effekten- und Commissionsgeschäft war, sowie dadurch, daß im Jahre 1882 der Kaufmann Carl Schmale zum Prokuristen nur für das Düsseldorfer Geschäft bestellt wurde, was rechtlich (vergl. Art. 43 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs, Makower ad Art. 43 cit. Nr. 8) nur unter der Voraussetzung möglich war, daß die Düsseldorfer Firma eine besondere Gesellschaft gebildet hat.

(Folgen weitere Ausführungen thatsächlicher Natur, die hier nicht interessiren.)

Nach allem diesem ist mit dem ersten Richter die Existenz zweier selbständigen Handelsgesellschaften in Essen und Düsseldorf anzunehmen; die Klagen der Essener Gläubiger auf Zulassung im Düsseldorfer Konkurse sind daher mit Recht abgewiesen worden.

tung, daß er bei der fraglichen Verpachtung in gutem Glauben gehandelt habe, und daß für den vorliegenden Fall der Grundsatz gelte: error juris non nocet, indem zur Begründung des Schadensersatzanspruchs ein subjektives Verschulden erforderlich sei, was auf Seiten des Fiskus nicht vorliege.

Sowohl vom Landgerichte, als vom Oberlandesgerichte wurde der fragliche Klageanspruch entgegen den Ausführungen des Fiskus für begründet erachtet.

Die gegen das desfallsige Urtheil des Oberlandesgerichts vom 10. Februar 1886 eingelegte Revision wurde bezüglich dieses Klagepunktes vom zweiten Civilsenate des Reichsgerichts zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Der Anspruch des Klägers, welcher für den ihm durch die vorzeitige Abtretung der verpachteten Grundstücke entzogenen Vortheil Ersatz fordert, hat seine Stütze in den Vorschriften der Art. 1147—1149 des B. G.-B., wonach derjenige, welcher eine vertragliche Verbindlichkeit unerfüllt läßt, auch wenn er sich nicht in bösem Glauben befindet, Schadloshaltung zu leisten, das heißt sowohl den entstandenen Verlust, als den entgangenen Gewinn zu ersetzen hat, es sei denn, daß die Nichterfüllung durch eine ihm nicht zuzurechnende fremde Ursache, Zufall oder höhere Gewalt herbeigeführt worden wäre. Hiernach ist die Vertheidigung des Beklagten, daß die Verpachtung der Grundstücke in gutem Glauben an das Eigenthum des Fiskus vorgenommen worden und ein Rechtsirrthum in dieser Beziehung ihm nicht zum Nachtheil gereichen könne, daß auch der ungünstige Ausgang des Rechtsstreits, welcher bezüglich des Eigenthums an den Pfarrdotalgütern erhoben worden, nicht vorherzusehen gewesen wäre, mit Grund von den Vorinstanzen zurückgewiesen worden.

Wenn nun der Beklagte bei dem gegen die oberlandesgerichtliche Entscheidung erhobenen Angriffe von der Annahme ausgeht, daß der klägerische Anspruch den Nachweis eines ihm zur Last fallenden *Verschuldens* voraussetze, so erscheint das verfehlt. Der Beklagte war als Verpächter zufolge Art. 1719 Abs. 3 leg. cit. verpflichtet, dem Kläger die Benutzung des Pachtobjekts während der vertragsmäßigen Zeit zu gewähren,

und mit der Nichterfüllung dieser Verbindlichkeit ist der erhobene Anspruch im Prinzipe begründet. Einen Einwand in der Richtung aber, daß ihm ein gesetzlicher, die Schadensersatzpflicht aufhebender Befreiungsgrund zur Seite stehe, hat der Beklagte nicht geltend gemacht.

Auch eine Verletzung des Art. 1150 leg. cit. liegt nicht vor, denn die bezügliche Behauptung, welche sich an jene Annahme knüpft, war nur dahin gerichtet, daß die ungünstige Entscheidung der Eigenthumsfrage, die Ursache der Entwährung, nicht habe vorhergesehen werden können, den Beklagten also in dieser Richtung ein Verschulden nicht treffe. Ebensowenig kann hier, wo es sich um die Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung einer vertraglichen Verbindlichkeit handelt, auf die Vorschrift des Art. 1382 leg. cit. eine Rüge gestützt werden. Hiernach stellt sich, was die Entscheidung zu diesem Punkte der Klage betrifft, das eingelegte Rechtsmittel als nicht begründet dar.

Reichsgericht. Sitzung vom 5. November 1886.

Eisenbahn. — Unterirdische Förderbahn in einem Bergwerke. — Anwendbarkeit des § 1 des Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871.

Für die Anwendung des § 1 des Haftpflichtgesetzes macht es an sich keinen Unterschied, ob die Eisenbahn unter oder über der Erde angelegt ist. Bei einer unterirdischen, in einem Bergwerke befindlichen Förderbahn ist zu prüfen, ob die mit den Eisenbahnen verbundene eigenthümliche Gefahr wirklich vorhanden ist.

Königl. Bergfiskus — Piro.

In der fiskalischen Grube König bei Neunkirchen befindet sich eine auf eisernen Schienen laufende Förderbahn zum Zwecke des durch Pferdekraft erfolgenden Transports der geförderten Kohlen. Am 2. September 1884 transportirte der Bergmann Michael Piro mit einem Pferde 10 Kohlenwagen über diese

Bahn. Damit die Wagen nicht in das unrichtige Geleise gerathen sollten, hielt Piro eine Weiche an; hierbei entgleisten 2 Wagen und brachten eine die Decke des Querschlags stützende Holzstütze zu Fall, was zur Folge hatte, daß das über derselben befindliche Gestein und Geröll herabstürzte und den Tod des Piro verursachte. Die Wittwe des Piro erhob in eigenem Namen und als Vertreterin ihres minderjährigen Kindes, gestützt auf § 1, eventuell § 2 des Haftpflichtgesetzes und die Art. 1382 ff. des B.G.=B., gegen den Königl. Bergfiskus, vertreten durch das Oberbergamt zu Bonn, beim Königl. Landgerichte zu Saarbrücken Klage mit dem Antrage, ihr selbst wegen des Todes ihres Ehemannes als Entschädigung eine lebenslängliche Rente von monatlich 30 Mark und ihrem Kinde eine solche von monatlich 10 Mark bis zu dessen vollendeten 16. Lebensjahre zuzusprechen. Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage, indem er die Anwendbarkeit des § 1 des Haftpflichtgesetzes auf die in Rede stehende unterirdische Förderbahn, sowie auch jedes Verschulden der Bergverwaltung an dem Unfalle, welcher nur als ein unglücklicher Zufall anzusehen sei, bestritt.

Das Landgericht verurtheilte, indem es den § 1 des Haftpflichtgesetzes für anwendbar erklärte, durch Urtheil vom 4. Februar 1886 den Beklagten dem Klageantrage gemäß, und wurde dieses Urtheil auf die vom Beklagten eingelegte Berufung durch Urtheil des Oberlandesgerichts vom 3. Juli 1886 dahin abgeändert, daß die Rente für die Klägerin selbst auf 20 Mark und für ihr Kind auf 10 Mark festgesetzt wurde.

Die Gründe des Urtheiles des Oberlandesgerichts, soweit sie hier von Interesse sind, lauten: Mit Recht hat der erste Richter unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Reichsgerichts vom 8. April 1885 (Bd. 13 S. 17) angenommen, daß die in der ersten Tiefbausohle der fiskalischen Grube König vorhandene, 2150 Meter lange doppelgeleisige, aus eisernen Grubenschienen und hölzernen Querschwellen bestehende Grubenförderbahn, auf welcher je 10 Stück zu einem Zuge vereinigter Wagen im Gewichte von je 300 resp. 500 Kgr. durch Pferdekraft befördert werden, als „Eisenbahn“ im Sinne des Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 anzusehen ist, und daß nach der Art und Weise des auf ihr stattfindenden Transportes die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 1 dieses Gesetzes

als gegeben zu erachten sind. Es trifft dieses um so mehr zu, als der Unfall durch Entgleisung, also durch eine dem Eisenbahnbetriebe eigenthümliche Gefahr, veranlaßt worden ist. Daß eine Wagenbeförderung ohne Schienenunterlage noch leichter einen Unfall, wie den hier fraglichen, hätte verursachen können, muß außer Betracht bleiben, da nur die vom Beklagten gewählte Art des Betriebes in Frage steht. Auch ist es unerheblich, ob die von Piro geführten Wagen beladen oder leer waren, und ob bei der mäßigen Schnelligkeit der Fortbewegung der Zug mit Leichtigkeit zum Stehen gebracht werden konnte, da diese Umstände auf den hier fraglichen Unfall ohne Einfluß geblieben sind. Hiernach erscheint die Haftpflicht des Beklagten begründet.

Gegen dieses Urtheil legte der Beklagte Revision ein; dieselbe wurde jedoch vom zweiten Civilsenate des Reichsgerichts zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die Rüge des Revisionsklägers, daß der Berufungsrichter mit Unrecht den § 1 des Haftpflichtgesetzes auf die in Rede stehende unterirdische Förderbahn angewendet habe, kann nicht für begründet erachtet werden. Daß es für die Anwendung des § 1 cit. keinen Unterschied machen kann, ob die Eisenbahn unter oder über der Erde angelegt ist, ergibt sich daraus, daß die mit den Eisenbahnen verbundene eigenthümliche Gefahr, worauf es nach konstanter Rechtsprechung des Reichsgerichts für die Anwendung des genannten Gesetzes ankommt, ebensowohl bei einer unterirdischen, wie bei einer über der Erde angelegten Eisenbahn vorhanden sein kann. Es ist in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob dieselbe wirklich vorhanden ist. Bei der in Rede stehenden Förderbahn muß die besondere Gefährlichkeit darin gefunden werden, daß nach den vom Berufungsrichter festgestellten Thatsachen eine ganze Reihe von Wagen sich hintereinander auf den eisernen Schienen fortbewegte, daß die Wagen vermittelst angebrachter Weichen von einem Geleise auf das andere gebracht werden mußten und dadurch der Gefahr der Entgleisung leicht ausgesetzt waren, daß ferner der Führer des Zuges nicht jeden Augenblick die volle Gewalt über die Wagen hatte. Wenn auch die letzteren mit Bremsvorrichtung versehen waren, so genügte diese Einrichtung allein gegenüber der fest-

stehenden Thatsache, daß nur ein Mann, der Begleiter des Pferdes, den ganzen Zug zu führen pflegte, offenbar nicht, um die Gefährlichkeit der Förderbahn auszuschließen. Hiernach konnte der Berufungsrichter den zuletzt erwähnten Umstand für die Entscheidung ohne Rechtsirrthum als unerheblich betrachten.

Die Revision war hiernach zurückzuweisen.

Reichsgericht. Sitzung vom 16. November 1886.

Konkurs. — Ausländischer Konkurs. — § 24 Ziffer 1 und 2 der Konkursordnung.

Die Deutsche Konkursordnung erkennt als Grundsatz an, daß, soweit nicht zum Schutze inländischer Betheiligten besondere Ausnahmen gemacht sind, der ausländische Konkurs auch in Deutschland wirksam ist, so daß die Frage, welche Rechtshandlungen einer im Auslande in Konkurs erklärten Person anfechtbar sind, nach Konkursrecht zu beurtheilen ist.

Eine Zahlung ist nicht als entgeltlicher Vertrag im Sinne des § 24 Ziffer 2 der Konkursordnung anzusehen.

In den Fällen der Ziffer 1 des § 24 cit. ist auch die einfache Begünstigung des einen Gläubigers vor den anderen geeignet, die Anfechtung zu begründen.

Firma Ph. & L. Andres — Konkursmasse Fritz Andres.

So entschieden vom zweiten Civilsenate des Reichsgerichts bei Aufhebung des Urtheiles des Oberlandesgerichts vom 13. Februar 1886 aus folgenden

Gründen:

Die Deutsche Konkursordnung steht, was die Wirkungen ausländischer Konkurse betrifft, nicht auf dem strengen Territorial-Standpunkte mancher früheren Konkursordnungen, stellt sich vielmehr, der Tendenz des jetzigen internationalen Rechts folgend, auf einen freieren Standpunkt und erkennt als Grundsatz an, daß, soweit nicht zum Schutze inländischer Betheiligter besondere Ausnahmen gemacht sind (vergl. §§ 207 und 208 der Konkursordnung) der ausländische Konkurs auch in Deutschland wirksam sei. Es ist dies in den Motiven des Entwurfs der

Konkursordnung (vergl. Motive zu §§ 207 und 208), sowie bei den Commissionsverhandlungen (Hahn, Materialien Seite 687) ausdrücklich ausgesprochen.

Hiernach kann kein Zweifel bestehen, daß die in Liverpool erfolgte Konkurserklärung zur Folge hatte, daß Fritz Andres auch in Deutschland als im Konkursstande befindlich zu erachten war, und daß demnach die Frage, welche Rechtshandlungen desselben als zur Benachtheiligung der Gläubiger erfolgt zu betrachten sind, nach Konkursrecht zu beurtheilen ist.

Es kann nun im vorliegenden Falle dahin gestellt bleiben, ob englisches oder deutsches Konkursrecht maßgebend sei, oder aber ob die Anfechtung nach beiden Rechtssystemen begründet sein müsse; denn das Oberlandesgericht erachtet die letztere Voraussetzung gegeben, seine bezügliche Rechtsansicht aber ist, was das englische Recht betrifft, nicht revisibel und, was das deutsche Konkursrecht betrifft, nicht rechtsirrthümlich.

Wenn auch dem Oberlandesgerichte darin nicht beizupflichten ist, daß es den Fall des § 24 Ziffer 2 der Konkursordnung als gegeben erachtet, da eine Zahlung nicht als entgeltlicher Vertrag anzusehen ist, so genügt doch seine thatsächliche Feststellung vollständig, um die Anwendung von § 24 Ziffer 1 der Konkursordnung zu rechtfertigen, denn diese Feststellung geht im Wesentlichen dahin, daß der Gemeinschuldner und der Beklagte Karl Andres im Hinblicke auf den bevorstehenden Konkurs kolludirt hätten, um durch die in Frage stehende Befriedigung der beklagten Firma diese vor anderen Konkursgläubigern zu begünstigen.

Dem Zwecke des Konkurses, eine gleichmäßige Befriedigung aller Konkursgläubiger herbeizuführen, entspricht es, daß jede Rechtshandlung, deren Absicht darauf gerichtet ist, diesen Zweck zu vereiteln, der Anfechtung unterworfen sei; es ist daher anzunehmen, daß in den Fällen des § 24 Ziffer 1 der Konkursordnung auch die einfache Begünstigung des einen Gläubigers vor den anderen, d. h. die Verletzung des Konkursanspruchs auf gleichheitliche Befriedigung, geeignet sei, die Anfechtung zu begründen. In den Motiven des Entwurfs (vergl. Hahn Materialien Seite 133 und 138) ist dies auch ausdrücklich anerkannt, insbesondere bemerkt, daß auch Zahlungen fälliger Schulden der Anfechtung nach § 24 Ziffer 1 unterworfen seien, vorausgesetzt, daß der in der Regel allerdings schwierige

Beweis einer „ausdrücklichen oder stillschweigenden Uebereinkunft der Begünstigung" erbracht werden könne. Hiernach erscheint die Entscheidung des Oberlandesgerichts, wenn auch aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte (§ 526 der Civilprozeßordnung) gerechtfertigt. Uebrigens würde sogar die Anwendung des § 23 Ziffer 1 der Konkursordnung in Frage kommen, falls, was bis jetzt nicht festgestellt ist, die Briefe vom 4. Mai 1883, welche die Protestirung der Wechsel anzeigten, der Beklagten zugekommen wären, bevor sie die Zahlung in Empfang nahm. Ob vorstehende Auslegung des § 24 Ziffer 1 der Konkursordnung auch für die gleichlautende Bestimmung des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 § 3 Ziffer 1 volle Geltung habe, oder ob hier, beim Wegfallen des Konkursanspruchs auf gleichheitliche Befriedigung, die Tragweite der Worte des Gesetzes eine andere werde, kann dahin gestellt bleiben.

Reichsgericht. Sitzung vom 6. Juli 1886.

Konkurs. — Rechtshandlungen, welche früher, als sechs Monate vor der Konkurseröffnung erfolgt sind. — Anfechtung.

Die Bestimmung des § 26 der Konkursordnung, wonach Rechtshandlungen, welche früher, als sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgt sind, aus dem Grunde einer Kenntniß der Zahlungseinstellung nicht angefochten werden können, ist materiellrechtlicher Natur. Bei Berechnung der sechs Monate finden daher die Bestimmungen des § 200 der Civilprozeßordnung über die Berechnung prozessualischer Fristen keine Anwendung.

Konkurs Dahm — Beer, Sandheimer & Comp.

Gegen das in diesem Bande des Archivs Abthlg. 1 S. 18 mitgetheilte Urtheil des Oberlandesgerichts vom 12. Mai 1886 legte der Verwalter des Konkurses Dahm Revision ein, welche jedoch vom zweiten Civilsenate des Reichsgerichts zurückgewiesen wurde aus folgenden

Gründen:

Der Revisionskläger behauptet, daß der Berufungsrichter in zweifacher Hinsicht das Gesetz verletzt habe, erstens weil er die

Anwendbarkeit des Absatzes 2 des § 200 der Civilprozeßordnung auf die durch den § 26 der Konkursordnung bestimmte sechsmonatliche Frist für ausgeschlossen erachtet, und zweitens, weil er die fraglichen 6 Monate im vorliegenden Falle vom 20. März 1885, dem Tage der an die Drittschuldnerin erfolgten Benachrichtigung über die bevorstehende Pfändung, nicht aber vom 9. April 1885, dem Tage der wirklich erfolgten Pfändung, an berechnet habe. Nach beiden Richtungen hin erscheint die Rüge nicht gerechtfertigt.

I. Der § 200 der Civilprozeßordnung bezieht sich nur auf prozessualische Fristen, auf Fristen, die in einem laufenden Prozeßverfahren zur Anwendung kommen oder doch in Beziehung zu einem Prozeßverfahren stehen. Das ergibt sich schon daraus, daß §§ 191 bis 207 der Civilprozeßordnung, welche von „Ladungen, Terminen und Fristen" handeln, in dem Abschnitte des ersten Buches „Vom Verfahren" enthalten sind. Die Motive zur Civilprozeßordnung ergeben aber auch zweifellos, daß der Gesetzgeber in der Civilprozeßordnung nur die Absicht gehabt hat, Bestimmungen über prozessualische Fristen in dem obengedachten Sinne zu treffen. Die Motive führen nämlich zu § 194 (§ 187 des Entwurfs) die verschiedenen Arten von Fristen auf, welche in der Civilprozeßordnung vorkommen. Die in Rede stehende Frist des § 26 der Konkursordnung könnte nur unter eine dieser Arten subsumirt werden, nämlich unter die zu Nr. 5 erwähnten gesetzlichen Fristen. Bezüglich dieser aber sagen die Motive weiter: „Gesetzliche Fristen werden nicht durch Verfügung des Richters in Lauf gesetzt, sondern ihr Beginn knüpft sich kraft Gesetzes unmittelbar an ein bestimmtes *prozessualisches* Ereigniß (z. B. die Zustellung eines Parteischriftstücks u. s. w.)."

Die sechsmonatliche Frist des § 26 der Konkursordnung ist nun aber *keine prozessualische*. Sie knüpft den Verlust des Rechtes, eine bestimmte Rechtshandlung anzufechten, an den Ablauf der 6 Monate, ohne daß an ein laufendes Prozeßverfahren gedacht wird, und ohne daß die Frist in irgend einer Beziehung zu einem Prozesse steht. Die Fristbestimmung gehört, wie viele andere, dem materiellen Rechte an, und eben deshalb können die Vorschriften der Civilprozeßordnung überhaupt auf die in Rede stehende Frist nicht angewandt werden.

Hervorzuheben ist noch, daß auch der § 65 der Konkursordnung, auf Grund dessen die Anwendbarkeit des § 200 der Civilprozeßordnung behauptet wird, nur ausspricht, daß die Vorschriften der Civilprozeßordnung auf das Konkursverfahren entsprechende Anwendung finden sollen. Es läßt sich aber mit Grund nicht behaupten, daß die Fristbestimmung des § 26 der Konkursordnung dem Konkursverfahren angehöre oder mit dem Verfahren in Beziehung stehe. Daher muß auch schon aus diesem Grunde der § 200 der Civilprozeßordnung für unanwendbar gehalten werden.

Die vorstehend vertretene Auffassung wird auch von den meisten Auslegern der Deutschen Konkursordnung und Civilprozeßordnung getheilt, so von Wilmowski, Konkursordnung zu § 26 Nr. 1, von Wilmowski und Levy, Civilprozeßordnung zu § 200 Nr. 1 Abs. 2, Petersen, Konkursordnung zu § 26 Nr. 3, von Völderndorff, Konkursordnung zu § 26 b. A. M. Sarwey, Konkursordnung, 2. Auflage zu § 26 Nr. 2, vergl. auch Dr. Eccius in der Zeitschrift von Rassow & Küntzel Band 23 Seite 739.

II. Der § 744 Abs. 2 der Civilprozeßordnung bestimmt: „Die Benachrichtigung an den Drittschuldner hat die Wirkung eines Arrestes (§ 810), sofern die Pfändung der Forderung innerhalb drei Wochen bewirkt wird. Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Benachrichtigung zugestellt ist." Unbestritten ist im vorliegenden Falle die Pfändung innerhalb drei Wochen nach der Benachrichtigung nach § 730 Abs. 3 der Civilprozeßordnung bewirkt worden. Die Benachrichtigung hat also die Wirkung des Arrestes und gewährt dem Gläubiger ein Pfand- und Vorzugsrecht vor anderen Gläubigern (§§ 810, 709 der Civilprozeßordnung).

Wenn nun der Revisionskläger geltend macht, daß die Benachrichtigung doch nur etwas Provisorisches, nur eine Handlung mit Suspensiveffekt sei, deren Wirksamkeit durch die nachfolgende Pfändung bedingt werde, daß also für den in Rede stehenden Rechtsverlust nur die wirkliche Pfändung, durch welche der Gläubiger erst sein Recht ausgeübt habe, in Betracht kommen könne, so erscheint diese Auffassung, insbesondere die Schlußfolgerung als durchaus unzutreffend. Der § 744 cit. hat vielmehr nach Wortlaut und Sinn offenbar die Bedeutung, daß, wenn die Bedingung der Pfändung innerhalb der ge-

setzten Frist erfüllt ist, in allen Fällen und nach jeder Richtung hin schon die in Gemäßheit des Absatzes 1 desselben erfolgte Benachrichtigung die Wirkung des Arrestes und der Pfändung mit allen an die letztere geknüpften Wirkungen haben soll. Der Berufungsrichter hat daher mit Recht die sechsmonatliche Frist vom Tage der erfolgten Benachrichtigung an berechnet.

Reichsgericht. Sitzung vom 9. November 1886.

Konkurs. — Vorzugsrecht der Kinder und Pflegebefohlenen. — Ersatzforderungen.

In den nach dem 1. Oktober 1879 eröffneten Konkursen sind bezüglich der im Verfahren in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse, soweit nicht in den §§ 9 ff. des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung etwas Anderes bestimmt ist, lediglich die Vorschriften der Konkursordnung maßgebend. In derartigen Fällen steht daher den Kindern und Pflegebefohlenen das Vorzugsrecht des § 54 No. 5 der Konkursordnung bezüglich der Ansprüche aus der Verwaltung ihres Vermögens seitens des Gemeinschuldners auch für diejenigen Forderungen zu, welche **vor** dem 1. Oktober 1879 entstanden sind.

Das Vorzugsrecht des § 54 No. 5 cit. zu Gunsten der Kinder und Pflegebefohlenen erstreckt sich auch auf die Ersatzforderungen derselben gegen den Gemeinschuldner aus einer ihnen überkommenen Erbschaft, insbesondere aus Verwendungen des Sondergutes der Mutter.

Rosenbaum — Berg.

Der Kaufmann Moses Rosenbaum zu Köln hatte mit seiner am 7. November 1872 verstorbenen Ehefrau Bertha geb. David in Errungenschaftsgemeinschaft gelebt, und hatten sich die genannten Eheleute durch Ehevertrag den verfügbaren Theil ihres Vermögens vermacht. Von der Ehefrau wurden 2100 Mark baares Geld und außerdem eine während der Ehe eingegangene Forderung in Höhe von 7500 Mark in die

Ehe eingebracht. Aus der Ehe stammt ein Sohn Namens Sigismund Rosenbaum. Nachdem am 21. November 1881 über das Vermögen des Moses Rosenbaum der Konkurs eröffnet worden war, wurde in einem von dem Kaufmanne Leopold Berg als Pfleger des Sigismund Rosenbaum angestrengten Rechtsstreite, dessen übriger Gegenstand hier nicht interessirt, das Sondergut der Ehefrau Rosenbaum auf 9600 Mark und der dem Sigismund Rosenbaum hiernach gegen seinen Vater bezw. dessen Konkursmasse zustehende Anspruch auf 7200 Mark festgestellt.

Demnächst erhob der genannte Pfleger des Sigismund Rosenbaum gegen den Konkursverwalter Klage zum Landgerichte Köln mit dem Antrage, der Forderung des Sigismund Rosenbaum von 7200 Mark das Vorzugsrecht auf Grund des § 54 Nr. 5 der Konkursordnung gegen die Konkursmasse zuzuerkennen und dementsprechend die Eintragung derselben in die Tabelle und die Auszahlung aus der Konkursmasse anzuordnen. Dieser Klage wurde außer anderen, hier nicht interessirenden Einreden entgegengesetzt: 1) Die Vorschrift des § 54 der Konkursordnung beziehe sich, wie aus der Natur der Sache, sowie aus den §§ 12 und 13 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung und aus § 22 des Preußischen Ausführungsgesetzes zu derselben sich ergebe, nicht auf die schon **vor** dem 1. Oktober 1879 bestandenen Forderungen, 2) das Vorrecht könne sich jedenfalls nur auf das dem Vormunde wirklich zur Verwaltung übergebene Vermögen erstrecken; bei dem Tode der Ehefrau Rosenbaum sei aber nur ein Vermögen von 7831 Mark 22 Pfg. vorhanden gewesen, und es stehe nicht fest, welcher Betrag desselben Sondergut der Ehefrau gewesen und in die Verwaltung des Moses Rosenbaum gelangt sei.

Das Landgericht erachtete diese Einreden für nicht begründet und erkannte dem Klageantrage gemäß. Das Oberlandesgericht verwarf durch Urtheil vom 27. Januar 1886 die hiergegen eingelegte Berufung, und die Revision gegen dieses Urtheil wurde vom zweiten Civilsenate des Reichsgerichts verworfen aus folgenden

Gründen:

Zunächst erscheint die Behauptung als unhaltbar, daß § 54 der Konkursordnung auf solche Forderungen nicht zur An-

wendung kommen könne, welche schon vor dem 1. Oktober 1879 bestanden hätten. Nach § 8 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung ist bezüglich der Frage, auf welche Rechtsverhältnisse dieses Gesetzbuch mit Rücksicht auf die zeitlichen Verhältnisse Anwendung zu finden habe, im Allgemeinen der Zeitpunkt entscheidend, in welchem das Verfahren eröffnet worden ist. Ein vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung eröffnetes Verfahren ist, sofern die Landesgesetzgebung nicht von der im § 8 Abs. 2 des Einführungsgesetzes vorgesehenen Befugniß Gebrauch gemacht hat, nach den bisherigen Gesetzen durchzuführen. Auch sind die im Verfahren zur Erledigung gelangenden Rechtsverhältnisse nach diesen Gesetzen zu beurtheilen. Dagegen sind in denjenigen Fällen, in welchen das Konkursverfahren nach dem 1. Oktober 1879 eröffnet worden ist, bezüglich der im Verfahren in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse, soweit nicht in den §§ 9 ff. des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung etwas Anderes bestimmt ist, lediglich die Vorschriften der Konkursordnung maßgebend. In Beziehung auf das in § 54 No. 5 der Konkursordnung vorgesehene Vorrecht besteht nirgends eine Vorschrift, nach welcher dasselbe für solche Forderungen, welche vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung entstanden sind, nicht beansprucht werden könnte. Insbesondere ist eine solche in den vom Revisionskläger angerufenen §§ 12 und 13 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung nicht enthalten. Diese beziehen sich vielmehr nur auf Pfand- und Vorzugsrechte, welche durch die Konkursordnung und das Einführungsgesetz zu derselben ihre Wirksamkeit verlieren, und geben der Landesgesetzgebung die Befugniß, an deren Stelle den Berechtigten ein Vorrecht vor allen oder einzelnen der in § 54 cit. bezeichneten Forderungen zu gewähren. Dies ist nicht blos, wie Revisionskläger annimmt, in der Begründung zu den erwähnten Paragraphen ausgeführt worden, sondern ergibt sich deutlich aus § 12 Abs. 1 des Einführungsgesetzes, auf welchen in § 13 dieses Gesetzes verwiesen wird.

Vom Revisionskläger wird nun weiter geltend gemacht, das in Frage stehende Vorrecht könne jedenfalls nur bezüglich desjenigen Theiles des Sonderguts der Ehefrau Rosenbaum zur Anwendung kommen, der bei dem Eintritt der vormundschaftlichen Verwaltung noch vorhanden gewesen, sonach in die

Verwaltung des Vaters gekommen sei, nicht aber hinsichtlich der dem Mündel gegen seinen Vater zustehenden Ersatzforderungen, welche dessen Verwaltung, da er selbst Schuldner gewesen sei, nicht hätten unterworfen sein können.

Aber auch diese Ausführungen erscheinen als unstichhaltig. Das in § 54 Nr. 5 der Konkursordnung vorgesehene Vorrecht erstreckt sich auf die Forderungen der Kinder und Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners „in Ansehung ihres gesetzlich der Verwaltung desselben unterworfenen Vermögens." Um eine solche Forderung handelt es sich auch, soweit die Ersatzansprüche des Mündels gegen den Gemeinschuldner in Frage stehen; denn diese Ersatzansprüche bilden ebenso, wie andere dem Mündel zustehende Forderungen, einen Theil des Vermögens desselben, und dessen ganzes Vermögen war kraft Gesetzes der Verwaltung des Gemeinschuldners in seiner Eigenschaft als Vormund seines Kindes unterworfen. Der Umstand, daß gewisse Verwaltungshandlungen, z. B. die Einklagung der Forderung, wenn der Vormund selbst Schuldner ist, thatsächlich ausgeschlossen sind oder doch nicht von diesem selbst vorgenommen werden können, ändert nichts an der Thatsache, daß gesetzlich auch dieser Theil des Mündelvermögens der Verwaltung des Vormundes unterworfen ist. Uebrigens können auch, soweit der Vormund Schuldner des Mündels ist, hinsichtlich des in Frage stehenden Vermögens Verwaltungshandlungen vorkommen, insofern die Schuld zurückbezahlt und das Kapital anderweitig angelegt oder, soweit dem Vormund ein Nießbrauchsrecht nicht zusteht, wenigstens für die Anlage der Zinsen Sorge getragen wird. Der Grund des den Kindern und Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners in § 54 Nr. 5 der Konkursordnung eingeräumten Vorrechtes, welcher in deren Schutzbedürftigkeit und in dem Umstande besteht, daß ihr Vermögen ohne, ja gegen ihren Willen der Verwaltung des Vaters oder Vormundes unterworfen wird, trifft, soweit deren Vermögen von vornherein in Forderungen gegen den Vater beziehungsweise Vormund besteht, unzweifelhaft in demselben, wenn nicht in höherem Grade zu, als wenn dasselbe in anderer Weise angelegt ist. Ferner spricht auch die Entstehungsgeschichte der in Frage stehenden Vorschrift entschieden gegen die vom Revisionskläger vertretene Auffassung. Diese Vorschrift ist im Wesentlichen der Preußischen Konkursordnung

(§ 80 Abs. 1 Ziffer VIII) entnommen worden. Unter der Herrschaft dieses Gesetzbuchs kam das Vorrecht aber auch insoweit zur Geltung, als es sich um Ersatzforderungen der Kinder wegen des nicht mehr vorhandenen Sonderguts ihrer verstorbenen Mutter handelte. Als noch die Vorschriften der Allgemeinen Gerichtsordnung in Geltung waren, hatte das frühere Preußische Obertribunal allerdings in einem Plenarbeschlusse vom 9. Mai 1842 (Entscheidungen Band 8 Seite 209 ff.) ausgesprochen, daß auf Forderungen an den Gemeinschuldner, welche durch Erbgang Eigenthum seines Kindes geworden seien, § 418 Theil I Titel 50 der Allgemeinen Gerichtsordnung keine Anwendung finde. Nachdem aber die Preußische Konkursordnung vom Jahre 1855 in Kraft getreten war, hat dasselbe diese Ansicht in einem Urtheile vom 3. Mai 1865 aufgegeben und anerkannt, daß auch derartigen Forderungen der durch das erwähnte Vorrecht gewährte besondere Schutz zukomme (vergl. Entscheidungen Band 55 Seite 268 ff.). Dieser Auffassung hat sich denn auch das Reichsoberhandelsgericht in einem Urtheile vom 4. November 1875 (Entscheidungen Band 18 Seite 375) angeschlossen, so daß zur Zeit, als der Entwurf zur Deutschen Konkursordnung aufgestellt und dem Reichstage vorgelegt wurde, eine übereinstimmende Rechtsprechung vorlag. Bei dieser Sachlage muß um so mehr angenommen werden, daß das Vorrecht in dem Umfange, in dem es im Preußischen Rechte Anwendung gefunden hatte, in die Reichsgesetzgebung übernommen werden sollte, als bei der Fassung offenbar auf die Beseitigung der früher bezüglich der Ersatzansprüche der Kinder bestehenden Bedenken Rücksicht genommen und bei den Verhandlungen in der Justizkommission des Reichstags hervorgehoben wurde, daß den Kindern durch § 54 Nr. 5 bezüglich der auf sie übergegangenen Illatenforderungen ihrer Mutter ein Vorrecht eingeräumt werde, obgleich der Ehefrau selbst ein solches nicht zustehe (vgl. Kommissionsprotokoll Seite 52). Uebrigens hat auch das Reichsgericht bereits in zwei Urtheilen vom 19. Januar 1881 und 10. März 1884 (Entscheidungen Band III Seite 293, Band XI Seite 63), soweit es sich um die Anwendung der Preußischen Konkursordnung handelte, die Rechtsprechung des früheren Preußischen Obertribunals und des Reichsoberhandelsgerichts gebilligt.

Reichsgericht. Sitzung vom 7. Dezember 1886.



Staat. — Haftbarkeit für Verschulden der Beamten. — Hoheitsrechte.

Bei Beurtheilung der Frage, ob der Staat der Wittwe und den Kindern eines im Dienste verunglückten Beamten zum Schadensersatze verpflichtet ist, sind lediglich privatrechtliche Grundsätze und Bestimmungen maßgebend; die öffentlich-rechtliche Stellung des Verunglückten als Beamter ist auf diese Ersatzverbindlichkeit ohne Einfluß.

Im Gebiete des Rheinischen Rechts ist in einem solchen Falle die Haftbarkeit des Staates nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und nicht nach dem Allgemeinen Preußischen Landrechte zu beurtheilen.

Die Haftbarkeit des Staates für ein Verschulden eines Beamten als seines préposé wird nicht dadurch aufgehoben, daß die Amtshandlungen, gelegentlich deren den Beamten ein Verschulden trifft, in Ausübung eines Hoheitsrechtes vorgenommen worden sind.

Arnold — Königliche Regierung zu Köln.

Der in der Strafanstalt am Klingelpütz zu Köln angestellt gewesene Gefangenaufseher Philipp Arnold wurde in der Nacht vom 6. auf den 7. November 1884 in der genannten Strafanstalt von vier aus ihrem Schlafsaal ausgebrochenen Sträflingen so schwer mißhandelt, daß der Tod desselben erfolgte.

Seine Wittwe und Kinder erhoben Klage gegen den Kgl. Preußischen Fiskus, vertreten durch die Königl. Regierung zu Köln, auf Ersatz des ihnen durch den Tod ihres Ernährers entstandenen Verlustes, indem geltend gemacht wurde, daß die Gefängnißverwaltung wegen mangelhafter Einrichtungen der Strafanstalt ein grobes Verschulden an dem Tode des Ehemannes bezw. Vaters der Kläger treffe.

Das Landgericht verurtheilte nach Erstattung eines angeordneten Gutachtens über die in Rede stehenden baulichen Einrichtungen in der Strafanstalt den Fiskus zur Zahlung einer jährlichen Rente von 735 Mark an die Kläger.

Auf erhobene Berufung wies das Oberlandesgericht die Klage ab.

In den Gründen wird zunächst die Frage geprüft, ob überhaupt auf die Stellung der Staatsbeamten gegenüber dem Staate, wie es vom ersten Richter geschehen, privatrechtliche Gesichtspunkte zur Anwendung kommen dürften, und wird diese Frage verneint. Die fraglichen Ausführungen lauten wörtlich: „In dieser Hinsicht muß man zweifelsohne davon ausgehen, daß die Verleihung des Amtes an die Staatsbeamten nicht auf Grund einer Uebereinkunft oder im Wege des Vertrages geschieht, sondern durch einseitigen Akt der Staatsregierung erfolgt, und daß dieser Akt dem öffentlichen Rechte angehört, indem seine Vollziehung augenscheinlich einen Bestandtheil der Staatshoheit und der Staatsgewalt ausmacht, die nicht Gegenstand von privatrechtlichen Vereinbarungen sein kann. Der Umstand, daß mit der Verleihung des Amtes auch vermögensrechtliche Ansprüche, z. B. in Beziehung auf Gehalt, Pension u. s. w., verknüpft sind, bietet keinen Grund dar, die Natur jenes Rechtsverhältnisses anders aufzufassen und dasselbe als ein privatrechtliches zu betrachten. Denn die Gewährung solcher Vermögensrechte an die Staatsbeamten vollzieht sich ebenfalls nicht zufolge einer Stipulation, sondern nach Maßgabe von Verwaltungsnormen, die durch das öffentliche Recht bestimmt und in finanzieller Hinsicht durch den festgestellten Staatshaushalt bedingt sind. Daß für die vermögensrechtlichen Ansprüche den Staatsbeamten gegenwärtig ein klagbares Recht zur Seite steht, erscheint für die vorliegende Frage deshalb bedeutungslos, weil dieser Rechtsweg erst durch ein Spezialgesetz vom 24. Mai 1861 neu geschaffen wurde und die Entstehungsgeschichte des letzteren klar erkennen läßt, daß hier eine Ausnahme statuirt und an dem staatsrechtlichen Charakter des Dienstverhältnisses der Beamten nichts geändert worden ist (vergl. Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten 1861 Bd. 5 S. 537, Bd. 6 S. 946, Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozesses Bd. 1 S. 95 und 96). Es muß demnach der Berufungsklägerin darin beigepflichtet werden, daß von einem Dienstmiethvertrage oder Mandatsverhältnisse untergebens nicht die Rede sein kann.“ In Betreff der Heranziehung des Art. 1384 des Code civil wird dann weiter erwogen: „Es wird nämlich behauptet, daß die Gefängnißverwaltung bei der Unterbringung von Zuchthaussträflingen sich eine Fahrlässigkeit habe zu Schulden kommen lassen. Man kann nun keinen

Zweifel darüber hegen, daß die bezeichnete Amtshandlung einen Theil der Strafvollstreckung bildet, und daß in der Strafvollstreckung die Ausübung eines staatsrechtlichen Hoheitsrechtes zu finden ist. Daß aber in Bezug auf die Handhabung von Hoheitsrechten der Staatsgewalt privatrechtliche Vorschriften überhaupt nicht Platz greifen können, ist selbstverständlich und bedarf keiner Ausführung. Es braucht daher auf die civilrechtlichen Deduktionen der Berufungsbeklagten über Quasidelikte nicht näher eingegangen zu werden. Eine allgemeine Gesetzesbestimmung des Inhalts, daß der Staat für Versehen seiner Beamten direkt oder subsidiarisch aufzukommen habe, existirt nicht; insbesondere enthält das Allgemeine Landrecht keine desfallsige Vorschrift im 10. Titel des II. Theiles, welcher von den Staatsdienern handelt und wegen seiner staatsrechtlichen Natur für alle Gebiete der Monarchie Geltung hat. Wenn der Gesetzgeber in einem Spezialfalle, z. B. durch § 29 der Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872, die subsidiäre Ersatzpflicht des Staates ausgesprochen hat, so läßt sich dies nur als eine Ausnahme auffassen, welche bestätigt, daß in der Regel keine Haftung des Staates für Versehen seiner Beamten besteht (vergl. Verhandlungen des Herren-Hauses 1872 Anlagen Bd. 2 S. 371, Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten 1872 Bd. 2 S. 1244)."

Auf eingelegte Revision hob das Reichsgericht dieses Urtheil auf und verwies die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurück aus folgenden

Gründen:

Zunächst kann die Frage, ob, wie das Oberlandesgericht annimmt, dem Staatsdiener-Verhältnisse ein ausschließlich öffentlich-rechtlicher Charakter beizulegen, oder ob mit der herrschenden Auffassung anzunehmen, daß zwar jenes Verhältniß, was Zweck und Begründung angehe, vorwiegend öffentlich-rechtlicher Natur sei, zugleich aber ein privatrechtliches Element insofern habe, als dasselbe vermögensrechtliche Ansprüche des Beamten, z. B. auf Gehalt, auf Ersatz des bei Ausübung des Amtes erlittenen Schadens, begründe, hier unerörtert bleiben (vergl. Schulze, Preußisches Staatsrecht § 101, Rönne, dasselbe, 4. Auflage Bd. 3 § 254 und Note 1,

Meyer, deutsches Staatsrecht S. 411, Zachariä, desgleichen § 135, Bluntschli desgl. § 123 und Anm.).

Es handelt sich im vorliegenden Falle nämlich nicht um einen von dem verstorbenen Arnold gegen den Staat zu erhebenden Anspruche; die Wittwe und Kinder desselben klagen nicht als dessen Rechtsnachfolger, machen vielmehr einen Entschädigungsanspruch aus eigenem Rechte geltend, darauf gestützt, daß durch das Verschulden der Kölner Strafanstaltsverwaltung der Tod des Arnold ermöglicht und sie dadurch ihres Ernährers beraubt worden. Der so begründete Anspruch hat nun seine rechtliche Unterlage in der Vorschrift des Art. 1384 des B. G.-B., nach welcher die Kommittenten für den Schaden verantwortlich sind, der durch ihre Angestellten — préposés — bei Ausübung der denselben übertragenen Funktionen verursacht worden ist.

Wenn nun zuvörderst das Berufungsurtheil ausführt, daß hier die Vorschriften des Rheinischen Rechts überhaupt nicht maßgebend sein könnten, die Frage vielmehr, ob der Staat für Versehen seiner Beamten direkt oder subsidiarisch aufzukommen habe, nach den Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts Theil II. Titel 10, welcher wegen seines staatsrechtlichen Charakters für die ganze Monarchie Geltung habe, zu beurtheilen sei, so kann dem nicht beigepflichtet werden. Die bezogenen Bestimmungen sind im Bezirke des Oberlandesgerichts Köln nicht publizirt, und der bezüglich deren Geltung angerufene Grundsatz könnte doch nur bei Fragen staatsrechtlicher Natur, die nothwendig für die ganze Monarchie in einheitlichem Sinne behandelt werden müßten, Anwendung finden. An dieser Voraussetzung fehlt es aber. Es handelt sich hier nämlich um eine Frage, welche, wie unten näher darzuthun, dem privatrechtlichen Gebiete angehört, und es vermag doch jener Grundsatz nicht die Folgerung zu begründen, daß der Fiskus auch in dem genannten Bezirke nach den Vorschriften des Landrechts, gleich als wenn diese ein Privileg desselben bildeten, zu beurtheilen wäre.

Was nun die Auffassung und Anwendung des Art. 1384 cit. betrifft, so muß in Uebereinstimmung mit früheren Entscheidungen des Senats davon ausgegangen werden, daß die Frage, ob eine dritte Person für die Verbindlichkeiten eines Anderen, seien diese aus Verträgen oder Delikten entstanden,

haftet, privatrechtlicher Natur ist, und daß es daran auch nichts ändert, wenn es sich um die Haftung des Staates, der hier nach seiner vermögensrechtlichen Seite in Betracht kommt, handelt. Der Begriff des „commettant“ umfaßt ferner nicht blos das Mandatsverhältniß, vielmehr sind auch juristische Personen ihren Vertretern gegenüber, durch welche sie handeln, als commettants anzusehen, und ein Gleiches muß folgerecht bezüglich des Staates im Verhältniß zu seinen Beamten gelten. Der Art. 1384 cit. spricht nun einen allgemeinen Grundsatz aus und muß daher auch überall da, wo die Voraussetzungen desselben gegeben sind, zur Anwendung kommen.

Das Oberlandesgericht stellt nun auf, daß es sich hier nach dem, was zur Begründung der Klage behauptet sei, um einen Akt der Strafvollstreckung handle, daß aber in einem solchen Akte die Ausübung eines Hoheitsrechtes zu finden und dieser gegenüber privatrechtliche Vorschriften überhaupt nicht Platz greifen könnten. Dieser Argumentation steht jedoch entgegen, daß hier, wo die Anwendung des Art. 1384 cit. in Frage ist, die Ausübung des Hoheitsrechtes als solche unberührt bleibt, vielmehr nur die privatrechtliche Folge, welche sich daran knüpft, nämlich die Frage, ob bei Gelegenheit dieser Ausübung ein vom Staate zu vertretender Schaden verursacht worden, den Gegenstand der Erörterung und Entscheidung bildet.

Erscheinen hiernach die Rechtsgründe, aus welchen das Oberlandesgericht die Anwendung des Art. 1384 cit. verneint hat, nicht zutreffend, so entsteht nun die Frage, ob im vorliegenden Falle mit Rücksicht auf die Stellung und Funktion der genannten Behörde die Voraussetzungen desselben gegeben sind (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Band 10 S. 286, Laurent Band 20 Nr. 593). Diese Frage ist aber wesentlich Sache der konkreten Beurtheilung, und da es an einer solchen bisher fehlt, so ist das angegriffene Urtheil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Reichsgericht. Sitzung vom 26. Oktober 1886.

Urtheil, kassirendes, in einer vor dem Inkrafttreten der D. Civilprozeßordnung anhängig gewesenen Sache. — Wirkungen desselben.

Die Kassation eines Urtheiles in einer vor dem Inkrafttreten der D. Civilprozeßordnung anhängig gewesenen Sache hat die Wirkung, das ganze Urtheil einschließlich seiner Begründung zu vernichten und den Prozeß in dieselbe Lage zurückzuversetzen, in welcher er sich vor Erlaß des kassirten Urtheiles befand. Es hat daher eine erneute selbständige Prüfung der thatsächlichen Verhältnisse stattzufinden.*)

Himmelmann-Pothmann — Postfiskus.

So entschieden vom zweiten Civilsenate des Reichsgerichts in der in diesem Bande Abtheilung 3 Seite 59 mitgetheilten Prozeßsache durch das Urtheil vom 5. Dezember 1884 aus folgenden

Gründen:

J. E., daß der Berufungsrichter seine Entscheidung auf diejenige thatsächliche Feststellung aufbaut, welche das kassirte Urtheil in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter getroffen hatte, indem er davon ausgeht, daß das reichsgerichtliche Urtheil die Auslegung des Vertrages von 1825 wegen ihrer thatsächlichen Natur als der Nachprüfung in der Kassationsinstanz entzogen erkläre, dieselbe daher als Grundlage der Entscheidung zu dienen habe und den wider diese Auslegung von dem Beklagten gemachten Ausführungen die Beachtung zu versagen sei;

Daß aber dieser Entscheidungsgrund ein Mißverständniß der Begründung des reichsgerichtlichen Urtheiles und eine rechtsirrthümliche Auffassung der Wirkungen eines kassirenden Erkenntnisses in sich schließt, indem die angeführte Begründung nur besagt, daß dem Kassationsrichter die Nachprüfung der ohne Verletzung des Gesetzes getroffenen thatsächlichen Feststellungen entzogen sei, die aus anderen Gründen erfolgte Kassation aber die Wirkung hat, das ganze Urtheil einschließlich seiner Be-

*) Vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 6 S. 374, betreffend eine nach dem Inkrafttreten der D. Civilprozeßordnung anhängig gewordene Sache.

gründung zu vernichten und den Prozeß in dieselbe Lage zurückzuversetzen, in welcher er sich vor Erlaß des kassirten Urtheiles befunden hatte;

Daß daher der Berufungsrichter sowohl berechtigt, als verpflichtet war, durch erneute selbständige Prüfung und Vertragsauslegung die thatsächlichen Grundlagen für seine Entscheidung zu schaffen, und er hierbei die Ausstellungen des Beklagten wider die frühere thatsächliche Feststellung nicht unberücksichtigt lassen durfte, indem er nach der dem Kassationsverfahren durch die Kabinetsordre vom 8. Juli 1834 gegebenen gesetzlichen Gestaltung durch das kassirende Erkenntniß nur insofern gebunden war, als er den ihm durch die Ansicht des Kassationsrichters gegebenen Rechtsstandpunkt einzuhalten verpflichtet war und nach den in der kassirenden Entscheidung festgestellten Rechtsgrundsätzen und Normen zu verfahren und zu erkennen hatte;

Daß daher das angefochtene Urtheil die Kabinetsordre vom 8. Juli 1834 verletzt und wider das Gesetz vom 20. April 1810 Art. 7 verstößt, indem es auf einer rechtsirrthümlich für bindend erklärten thatsächlichen Feststellung beruht.

Reichsgericht. Sitzung vom 5. Dezember 1884.
Ref. H. R.-G.-Rath Iser.
Rechtsanwälte: Mecke — Romberg.

Berufung. — Urtheil, kontradiktorisches. — Mangel der Voraussetzungen zum Erlaß eines solchen.

Wird in erster Instanz ein kontradiktorisches Urtheil erlassen, obgleich die Voraussetzungen zum Erlaß eines solchen nicht vorgelegen haben, vielmehr ein Versäumnißurtheil hätte ergehen müssen, so ist trotzdem gegen das Urtheil das Rechtsmittel der **Berufung** und nicht der **Einspruch** zulässig.

Helmi und Gen. — Mundorf.

In dem von den Eheleuten Johann Helmi zu Bonn und 24 Konsorten gegen den Ackerer Johann Mundorf über die Theilung und Auseinandersetzung des Nachlasses der zu Bonn verstorbenen Christine Mundorf eingeleiteten gerichtlichen Theilungsverfahren beanspruchten die genannten Eheleute Helmi: 1)

daß ihnen für Verpflegung der Erblasserin der Betrag von 735 Mark aus der Masse vergütet werde, 2) daß der Beklagte Johann Mundorf für Vorempfänge den Betrag von 5936 Mark in die Masse einbringen müsse. Auf die Bestreitung dieser Ansprüche erhoben die Eheleute Helmi gegen Johann Mundorf und die übrigen Parteien wegen derselben besondere Klage. Nach Aufnahme eines angeordneten Beweises erklärte der Anwalt des Johann Mundorf bei der mündlichen Verhandlung, für denselben nicht weiter aufzutreten. Die Eheleute Helmi wiederholten ihre Anträge auf Zuerkennung der erhobenen Ansprüche; die übrigen Parteien, soweit sie sich hatten vertreten lassen, beantragten die Abweisung der Ansprüche der Eheleute Helmi auf Vergütung für Verpflegung, schlossen sich dagegen hinsichtlich der Ansprüche gegen Johann Mundorf dem Antrage der Kläger Eheleute Helmi an.

Das Landgericht zu Bonn wies dementsprechend die Forderung der Eheleute Helmi ab, verurtheilte dagegen den Johann Mundorf zur Zahlung von 5936 Mark nebst Zinsen an die Masse, indem es annahm, daß nach § 59 der Civilprozeßordnung die nicht erschienenen Parteien als durch die erschienenen vertreten zu erachten seien.

Die gegen dieses Urtheil von Johann Mundorf eingelegte Berufung wurde dem Antrage eines Theiles der Gegenparteien entsprechend vom Oberlandesgerichte als unzulässig verworfen, weil der Berufungskläger Mundorf in dem zur Schlußverhandlung bestimmten Termine nicht erschienen sei, das ihm gegenüber ergangene Urtheil sich sonach als ein Versäumnißurtheil darstelle; hieran könne die in den Gründen des ersten Urtheiles enthaltene Bezugnahme auf den § 59 der Civilprozeßordnung nichts ändern; dem ersten Richter habe, möge derselbe im Uebrigen mit Recht oder Unrecht die Voraussetzungen des § 59 der Civilprozeßordnung als vorliegend angenommen haben, jedenfalls der Gedanke fern gelegen, daß zwischen dem Beklagten Johann Mundorf und den insoweit als Kläger aufgetretenen Miterben eine nothwendige Streitgenossenschaft bestehe, da von Streitgenossenschaft begrifflich nur zwischen solchen Personen, welche gemeinschaftlich klagten oder verklagt würden, nicht aber zwischen Prozeßgegnern die Rede sein könne.

Auf eingelegte Revision hob das Reichsgericht, zweiter Civilsenat, jedoch dieses Urtheil auf und verwies die Sache zur

anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück aus folgenden

Gründen:

Das Berufungsgericht hat zwar mit zutreffender Begründung ausgeführt, daß die Voraussetzungen zur Anwendung des § 59 der Civilprozeßordnung für den ersten Richter nicht vorlagen und deshalb ein Versäumnißurtheil zu erlassen war. Aber der erste Richter ist offenbar von der entgegengesetzten, freilich ganz unrichtigen Auffassung ausgegangen. Er hat angenommen, der Beklagte Johann Mundorf werde nach § 59 der Civilprozeßordnung durch die erschienenen Parteien vertreten, und dementsprechend nicht die von den Klägern behaupteten Thatsachen nach § 296 der Civilprozeßordnung als zugestanden betrachtet, vielmehr ausgeführt; der erhobene Anspruch erscheine nach dem Ergebniß der Beweisaufnahme als begründet. Das in dieser Weise erlassene und begründete Urtheil kann hiernach als ein Versäumnißurtheil nicht angesehen werden, und der Beklagte Johann Mundorf würde, wenn er dasselbe auf dem Wege des Einspruchs angefochten hätte, damit nicht durchgedrungen sein. Daraus ergibt sich aber auch, daß die Berufung gegen dieses Urtheil mit Unrecht als unzulässig angesehen und zurückgewiesen wurde. Für das Berufungsgericht konnte es sich nur darum handeln, ob ein Versäumnißurtheil vorliege, nicht darum, ob ein solches hätte erlassen werden können und sollen.

Hiernach war zu erkennen, wie geschehen.

Reichsgericht. Sitzung vom 23. Dezember 1886.

Strafsache. — Zolldefraude. — Fehlen der Absicht einer Defraudation. — Beweis.

Bei falscher Deklaration eines zollpflichtigen Gegenstandes durch unrichtige Angabe einer Beschaffenheit, welche eine geringere Abgabe begründet haben würde, genügt zur Entlastung des Frachtführers der Nachweis, daß er keine Defraude beabsichtigt habe, und ist von demselben nicht auch noch nachzuweisen, daß überhaupt von keiner Seite, also auch

nicht von Seiten des Auftraggebers, eine Defraude beabsichtigt gewesen sei.

Strafsache gegen Pullem und Gen.

So entschieden vom ersten Strafsenate des Reichsgerichts unter Verwerfung der Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urtheil der Strafkammer des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 23. Januar 1886 aus folgenden

Gründen:

Objektiv ist gegen den Frachtführer die falsche Deklaration eines zollpflichtigen Gegenstandes durch unrichtige Angabe einer Beschaffenheit, welche eine geringere Abgabe würde begründet haben, im Sinne des § 136 Ziffer 1 Lit. c. Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869 festgestellt.

Der Vorderrichter hat aber als bewiesen angenommen, daß der Deklarant eine Defraude nicht beabsichtigt habe, und deshalb gemäß § 137 Abs. 2 mit § 152 des angeführten Gesetzes eine Ordnungsstrafe ausgesprochen.

Die Ausführungen in den beiden Revisionen, welche darzuthun suchen, es genüge zur Entlastung des Frachtführers nicht, wenn derselbe nachgewiesen habe, daß er keine Defraude beabsichtigt habe, es müsse vielmehr nachgewiesen werden, daß überhaupt von keiner Seite, also auch nicht von Seiten des Auftraggebers des Frachtführers eine Defraudation beabsichtigt gewesen sei, sind rechtsirrig und vom Reichsgerichte schon in zahlreichen Urtheilen zurückgewiesen und widerlegt (vergl. Urtheil III. Strafsenats vom 29. Januar 1883, Entscheidungen Band VIII Seite 21, Urtheil I. Strafsenats vom 16. März 1885 gegen B. resp. Nr. 29/85, Urtheil IV. Strafsenats vom 22. Mai 1885, Entscheidungen Band XII S. 212, Urtheil II. Strafsenats vom 19. März 1886, Entscheidungen Band XIII S. 410ff).

Daß die Wortfassung des Gesetzes nicht zu Gunsten der von den Revidenten vertretenen Auffassung spricht, ist schon in dem angeführten Urtheile vom 29. Januar 1883 eingehend erörtert. Es mag nur dem Hinweise auf die wechselnde Fassung der verschiedenen Gesetze und Entwürfe noch beigefügt werden, daß die passive Satzform des § 7 des Gesetzes vom 18. Mai 1868, auf welche sich die in der Revision citirten Verhandlungen beziehen, und welche in den Worten: „ist dem An-

geschuldigten der Nachweis zu gestatten, daß eine Contrebande oder Zolldefraudation nicht habe verübt werden können oder nicht beabsichtigt gewesen sei," noch allenfalls einigen Anhalt für die Auffassung der Revidenten bieten könnte, in § 137 des jetzt geltenden, neu kodifizirten Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869 theilweise wieder geändert und die subjektive Seite des freigelassenen Entschuldigungsbeweises wieder in den Vordergrund getreten ist, indem es jetzt heißt: „kann . . . Angeschuldigter nachweisen, daß er eine Contrebande oder Defraudation nicht habe verüben können oder eine solche nicht beabsichtigt gewesen sei, . . ." Diese Fassung stellt bezüglich der ersten Alternative des „Könnens" die Beschränkung des geforderten Beweises auf den Angeschuldigten außer Zweifel, und die im Verlaufe aller Aenderungen des Gesetzes stets festgehaltene gleiche Behandlung der beiden Alternativen des Könnens und des Wollens (oder Beabsichtigens) schließt die Annahme aus, daß der Gesetzgeber jetzt abweichend hiervon ohne jede Begründung und Aufklärung lediglich auf dem Wege redaktioneller Aenderung sich bezüglich des Nichtkönnens mit dem auf den Angeschuldigten beschränkten Beweise begnügen, bezüglich des Nichtwollens aber einen auf alle Betheiligten ausgedehnten Nachweis habe fordern wollen.

Daß das Reichsgericht den Bericht des Ausschusses für Zoll- und Steuersachen vom 16. April 1868 (Drucksachen des Bundesraths des Zollvereins 1868 Nr. 51) eingehend gewürdigt hat, ergibt die Einsicht des oben angeführten Urtheiles vom 19. März l. J. Es ist dort dargethan, daß und warum die in jenem Berichte betonte Nothwendigkeit des Treffens mit der ganzen Strenge des Gesetzes sich nicht auf den Inhalt des Exkulpationsbeweises und dessen Ausdehnung über den gutgläubigen Angeschuldigten hinaus auf alle mittelbar oder unmittelbar bei Einführung und Deklaration der Waaren thätige Personen, sondern nur auf die Wirkung dieses Beweises bezogen und den Gedanken klar gelegt habe, daß der Beweis nur zu Gunsten desjenigen wirken solle, dessen guter Glaube nachgewiesen sei, eine Einschreitung gegen die übrigen Betheiligten also nicht ausschließe.

Daß die Motive zum späteren § 7 des Gesetzes vom 16. Mai 1868 gegen die Auffassung der Revidenten sprechen, ist von diesen selbst zugegeben, irrig dagegen die Anführung, daß

die Inkorrektheit von dem Vertreter der verbündeten Regierungen in der hier fraglichen Richtung zugegeben worden sei. Dies ist nur insoweit geschehen, als aus den Worten: „wird gesetzlich dem Angeschuldigten . . . der Nachweis gestattet, daß er eine Contrebande oder Defraude nicht habe verüben können oder wollen, . . . so werden die Hauptämter die Sache durch Festsetzung einer mäßigen Strafe erledigen können," möglicher Weise gefolgert werden könnte, daß durch den von einem Angeschuldigten gelieferten Exkulpationsbeweis die ganze Sache allen Betheiligten gegenüber in der angeführten Weise durch Ordnungsstrafen erledigt werden könne, während die Stelle korrekt diese Erledigung nur bezüglich des einen als gutgläubig erwiesenen Angeklagten hätte in Aussicht stellen dürfen.

Daß die von den Revidenten versuchte Auslegung der Erklärung des Zollbundeskommissars in der Sitzung des Zollparlaments vom 11. Juni 1869 eine unrichtige sei, ist gleichfalls bereits in dem angeführten Urtheile vom 19. März l. J. nachgewiesen.

Beide Revisionen waren daher als unbegründet zu verwerfen.

I. Straffenat des Reichsgerichts. Sitzung vom 14. Oktober 1886.

Straffache. — Fabrikmäßiger Betrieb eines Damenkonfektionsgeschäfts. — Gewerbeordnung.

Wird von einem Kaufmanne ein Damenkonfektionsgeschäft so betrieben, daß derselbe eine große Anzahl von Arbeiterinnen in großen ineinander gehenden, meist abgeschlossenen Arbeitszimmern beschäftigt und die Damenkostüme in der Weise fertigen läßt, daß die einzelnen Arbeiterinnen stets nur bestimmte Theile der Kostüme nähen und die daselbst arbeitenden jugendlichen Personen als s. g. Lehrmädchen mit Nähen beschäftigt werden, so ist das Vorhandensein eines fabrikmäßigen Betriebes im Sinne der Reichsgewerbeordnung anzunehmen.

Straffache gegen Sch.

So entschieden vom ersten Straffenate des Reichsgerichts unter Verwerfung der vom Angeklagten gegen das Urtheil der

Strafkammer des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 26. Juni 1886 eingelegten Revision.

Gründe:

Der erste Richter hat den Angeklagten wegen Vergehens wider die §§ 136, 146 der Gewerbeordnung verurtheilt, weil derselbe in seinem zu Düsseldorf betriebenen, als Fabrik angesehenen Damenkonfektionsgeschäfte mehrere jugendliche Arbeiterinnen im Alter von 14 bis 16 Jahren beschäftigt hat, ohne denselben die durch § 136 a. a. O. vorgeschriebenen Vor- und Nachmittagspausen von je einer halben Stunde regelmäßig zu gewähren.

Die Revision bemängelt, daß der erste Richter den Begriff „Fabrik" verkannt, insbesondere denselben gar nicht ausdrücklich festgestellt, sondern auf das Etablissement des Angeklagten einfach deshalb angewendet habe, weil die Nachtheile, gegen welche die Gewerbeordnung den jugendlichen Arbeitern Schutz gewähren wolle, im Geschäfte des Angeklagten vorhanden seien.

Dieselbe vermag jedoch nicht durchzudringen.

Dem ersten Richter ist darin beizupflichten, daß die Gewerbeordnung und beziehungsweise das sie abändernde Reichsgesetz vom 8. April 1876 eine Begriffsbestimmung der Fabrik nicht geben, und daß der landläufige Begriff einer Fabrik, insofern der Nachdruck darauf gelegt wird, daß außer der Handarbeit noch Dampfkraft oder sonstige elementare Kräfte, sowie Maschinen zur Verwendung gelangen, nicht allein ausschlaggebend sei.

Der Standpunkt der Reichsgesetzgebung wird in diesem Punkte am klarsten gekennzeichnet durch die Motive zum Haftpflichtgesetze vom 7. Juni 1871, woselbst es heißt: „Die sonst üblichen Unterscheidungen, wonach im Handwerk die Handarbeit, in der Fabrik das mechanische Element vorherrsche, wonach beim Handwerk regelmäßig eine vollständige Herstellung der Erzeugnisse durch eine und dieselbe Hand, bei der Fabrik Theilung der Arbeit unter verschiedenen Arbeitsklassen stattfinde, wonach ferner das Handwerk auf Bestellung im Kleinen, die Fabrik auf Vorrath im Großen arbeite, oder wonach endlich beim Handwerk der Meister mitarbeite, während in der Fabrik der Fabrikherr dirigire, sind heutzutage nicht mehr als maßgebend und zutreffend anzusehen. Man wird es dem Richter

überlassen müssen, in Zweifelsfällen eine Entscheidung darüber zu treffen, ob es sich um ein Fabrikunternehmen handelt oder nicht, und von dem vergeblichen Versuche abzustehen haben, im Gesetze die Feststellung des Begriffs einer Fabrik vorzunehmen."

Die Frage, ob ein Etablissement als Fabrik anzusehen sei, ist daher, wie das Reichsgericht schon in früheren Entscheidungen anerkannt hat, zunächst eine thatsächliche, von der konkreten Gestaltung des Einzelfalles abhängige und kann vom Revisionsgerichte nur insoweit nachgeprüft werden, als zu untersuchen ist, ob solche Momente und charakteristische Merkmale vorhanden und festgestellt sind, welche, wenn auch nicht einzeln, so doch in ihrem Zusammentreffen als Grundlage für die Annahme fabrikmäßigen Betriebes eines Geschäfts im Gegensatze zum blos handwerksmäßigen Betriebe zu dienen vermögen.

Nun gibt bei der vorliegenden Feststellung des Instanzgerichts allerdings der Satz zu Bedenken Anlaß, daß, „um die von der Gewerbeordnung dem Worte Fabrik beigelegte Bedeutung zu ermitteln, hauptsächlich von dem Grunde und Zwecke der die Fabrikarbeit betreffenden gesetzlichen Vorschriften der Gewerbeordnung ausgegangen" und dann, wenn die Gefahr, welche die Gewerbeordnung für die jugendlichen Arbeiter vermieden wissen wolle, in einem Etablissement vorhanden sei, solches als „Fabrik" angesehen werden müsse. Denn der Begriff „Fabrik" ist für sich und objektiv und nicht blos mit Rücksicht auf die darin beschäftigten Arbeiter festzustellen, und es kann nicht angehen, daß eine Arbeitsstätte, welche nach ihrer Einrichtung keinen sonstigen Anhaltspunkt für einen fabrikmäßigen Betrieb gewährte, wohl aber nach lokalen oder sonstigen konkreten Verhältnissen Nachtheile, wie sie die Gewerbeordnung zu vermeiden sucht, für die in derselben etwa beschäftigten jugendlichen Arbeiter besorgen lassen würde, „deshalb" allein als Fabrik erklärt und die §§ 134ff. der Gewerbeordnung auf sie angewendet würden.

Denn nur auf Kinder und junge Leute, welche „in Fabriken" beschäftigt werden, sind die hier fraglichen Bestimmungen anwendbar; das Vorhandensein einer Fabrik ist also eine thatbestandliche Voraussetzung der Gesetzesanwendung, von welcher Voraussetzung nicht deshalb abgesehen werden kann, weil der Grund des Gesetzes oder richtiger einer der verschiedenen Gründe, welche dasselbe veranlaßten, auch für andere Fälle einschlagen würde.

Mit Recht betont die Revision, daß der eine oder andere der von der Gewerbeordnung in's Auge gefaßten Nachtheile auch im handwerksmäßigen Betriebe vorkommen könne; gleichwohl kann deshalb die Werkstätte des Handwerkers nicht als Fabrik erklärt werden, vielmehr steht der handwerksmäßige Betrieb eines Produktionszweiges auch im Sinne der Gewerbeordnung im Gegensatze zum fabrikmäßigen, und nur beim Vorhandensein des letzteren, der mit Rücksicht auf die in der Regel größere Gefahr und deren Verbreitung in weitere Kreise zunächst einen besonderen Schutz der jugendlichen Arbeiter zu fordern schien, sind die Bestimmungen der §§ 134 ff. der Gewerbeordnung anwendbar.

Der erste Richter hat aber nicht nur die Gefahr, welche im Geschäfte des Angeklagten für die jugendlichen Arbeiter besteht, sondern auch die Einrichtungen, welche die Gefahr bedingen, als Unterlage für die Anwendbarkeit des Gesetzes erachtet, und insofern diese genügende Anhaltspunkte für die Annahme eines fabrikmäßigen Betriebes bieten, konnte er auch ohne Rechtsirrthum davon ausgehen, daß hier Beschäftigung in einer Fabrik vorliege.

Wenn nun auch einerseits keines der oben angeführten Kriterien für sich allein genügt, um die Begriffsbestimmung der Fabrik zu begründen, und wenn andererseits der Mangel einzelner bei Fabriken regelmäßig vorhandenen Eigenschaften und Einrichtungen nicht nothwendig den Begriff ausschließt, so berechtigt doch das Zusammentreffen einer Mehrzahl der von Doktrin und Praxis als Kriterien des fabrikmäßigen Betriebes anerkannten Momente, diesen Begriff im einzelnen Falle als erschöpft anzusehen.

Für die Unterscheidung zwischen fabrik- und handwerksmäßigem Betriebe kommen als auf ersteren deutende Momente beispielsweise in Betracht: Arbeitstheilung zwischen der mehr kaufmännischen Thätigkeit des Unternehmers und der technischen Thätigkeit des Gehülfen, Größe und Ausdehnung des Betriebes in Bezug auf Räumlichkeiten und Arbeiterzahl, sowie Arbeitstheilung unter den Gehülfen.

Als Folge des Merkmals der Größe und Ausdehnung des Betriebes ergeben sich dann außer der Arbeitstheilung unter den Gehülfen und der dadurch bedingten geringen Selbständigkeit und einseitigen Ausbildung der letzteren das weniger nahe

Verhältniß zwischen Unternehmer und Arbeitern und der Ausschluß eines festen Lehrverhältnisses. Eine Produktion für den Handel und auf Lager, nicht auf Bestellung der Konsumenten kann als Kriterium des fabrikmäßigen Betriebes nur etwa da angesehen werden, wo es sich nicht um werthvolle, im einzelnen Falle passend zu fertigende Gegenstände handelt, was gleichfalls nur der thatsächlichen Beurtheilung im einzelnen Falle zu überlassen ist.

Die Anwendung elementarer Betriebskraft macht, abgesehen von der Bestimmung des § 154 der Gewerbeordnung da, wo sie mit den sonstigen Kriterien, insbesondere einer größeren Ausdehnung der Anlage und einer größeren Anzahl von Arbeitern zusammentrifft, die Anwendbarkeit des Begriffs der Fabrik zweifellos, erscheint aber beim Vorhandensein sonstiger genügender Anhaltspunkte nicht als nothwendige Voraussetzung.

Als Anhaltspunkt für die Auffassung, von welcher die neue Gesetzgebung bezüglich des in der Gewerbeordnung nicht definirten Fabrikbegriffs mehrfach ausging, kann auch noch angeführt werden, daß in der Reichstagskommission, welche über die Novelle zur Gewerbeordnung vom Jahre 1878 über die gewerblichen Arbeiten vorberieth, der Antrag gestellt wurde, eine Definition des Begriffs Fabrik in das Gesetz aufzunehmen, welche lautete, wie folgt:

> Als Fabriken im Sinne dieses Gesetzes gelten Gewerbeunternehmungen, welche in geschlossenen Etablissements unter Verwendung von mehr als 10 Arbeitern mit Hülfe elementarer Betriebskräfte oder nach dem Prinzipe der Arbeitstheilung betrieben werden . . ."

Diese Definition wurde zwar in das Gesetz nicht aufgenommen, aber nur, weil die Kommissionsmehrheit die in den Motiven ausgesprochene Ansicht theilte, daß die Anwendbarkeit des Fabrikbegriffs bezüglich der großen Mehrzahl gewerblicher Anlagen in der Praxis keinem Zweifel unterliegen werde.

Eine gesetzliche Definition enthält das Unfall-Versicherungsgesetz, indem dasselbe sagt:

> „Als Fabriken gelten insbesondere diejenigen Betriebe, in welchen die Bearbeitung und Verarbeitung von Gegenständen gewerbsmäßig ausgeführt wird, und in welchen zu diesem Zwecke entweder mindestens drei zu versichernde Personen unter gleichzeitiger Verwendung von Dampf-

kesseln oder durch elementare Kraft bewegten Triebwerken oder ohne eine solche mindestens zehn zu versichernde Personen regelmäßig beschäftigt werden."

Gegebenen Falles hat nun der erste Richter festgestellt, daß der Angeklagte Kaufmann ist und als solcher ein Damenkonfektionsgeschäft von beträchtlichem Umfange betreibt, daß er je nach der Zahl der eingehenden Bestellungen 30 bis 40, auch 40 bis 50, also immer eine größere Anzahl von Arbeitern in zwei ineinander gehenden, meist abgeschlossenen großen Arbeitszimmern beschäftigt, ferner, daß die Damenkostüme in der Weise gefertigt werden, daß die einzelnen Arbeiterinnen stets nur einen bestimmten Theil der Kostüme, die einen Aermel, andere Röcke, wieder andere Taillen u. s. w. nähen, und daß auch die daselbst arbeitenden jugendlichen Personen als sogenannte Lehrmädchen mit Nähen, aber nicht an der Nähmaschine, beschäftigt wurden.

Auf Grund dieser Thatsachen konnte der erste Richter nach Maßgabe der für die Annahme eines fabrikmäßigen Betriebes entscheidenden Grundsätze solchen auch gegebenen Falles ohne Rechtsirrthum annehmen, und mag nur noch beigefügt werden, daß der Fabrikbegriff des Preußischen Landrechts nach der ausgesprochenen Absicht der Reichsgesetzgebung nicht mehr maßgebend ist, während der Hinweis auf die ausländische, insbesondere schweizerische Gesetzgebung dem Beschwerdeführer um so weniger nützen kann, als das schweizerische Fabrikgesetz vom 23. Mai 1877 in Artikel 1 als Fabrik jede industrielle Anstalt bezeichnet, in welcher gleichzeitig und regelmäßig eine Mehrheit von Arbeitern außerhalb ihrer Wohnungen in geschlossenen Räumen beschäftigt sind, — durchweg Voraussetzungen, welche hier vom ersten Richter thatsächlich festgestellt sind.

Die Revision war somit zu verwerfen.

I. Strafsenat des Reichsgerichts. Sitzung vom 18. Oktober 1886.

Strafsache. — Löhne der Arbeiter. — Nicht baare Auszahlung derselben. — Strafbestimmung der Gewerbeordnung.

Die Strafbestimmung des § 146 Nr. 1 der Gewerbeordnung, die nicht baare Auszahlung der Löhne betreffend, findet nicht blos auf gewerbliche Ar-

beiter im engeren Sinne, welcher nach der Ueberschrift des Titels VII Gesellen, Gehülfen, Lehrlinge und Fabrikarbeiter umfaßt, sondern auch auf Arbeiter in dem im § 119 Abs. 2 zum Ausdruck gebrachten weiteren Sinne, und zwar auf die der s. g. Hausindustrie angehörigen Arbeiter, welche im Wesentlichen an bestimmte Gewerbetreibende ihre außerhalb der Arbeitsstätte der Letzteren angefertigten gewerblichen Erzeugnisse absetzen, Anwendung.

Strafsache gegen D.

Gründe:

Der Revision der Staats-Anwaltschaft ist stattzugeben.

Gegen den Angeklagten war das Hauptverfahren dahin eröffnet, daß er zu Solingen in den letzten fünf Jahren durch mehrere selbständige Handlungen als Gewerbetreibender seinen Arbeitern H. und R. die Löhne nicht baar in Reichswährung ausgezahlt, sowie seinen Arbeitern K. und R. Waaren creditirt habe, Vergehen gegen §§ 115, 146 der Gewerbeordnung, § 74 des Strafgesetzbuchs.

Das erkennende Gericht hat den Angeklagten freigesprochen.

In der Begründung des Urtheiles ist das Creditiren von Waaren an die Arbeiter K. und R. für nicht erwiesen erklärt. Aus der Revisionsschrift der Staatsanwaltschaft ergibt sich, daß in dieser Richtung das Urtheil nicht angefochten werden will.

Was die Art der Zahlung der Löhne an die Arbeiter H. und R. betrifft, so hat das Instanzgericht die Freisprechung darauf gestützt, daß jene Personen keine Arbeiter im Sinne der in Betracht kommenden Bestimmung der Gewerbeordnung seien. In dieser Richtung ist von der Staatsanwaltschaft das Urtheil wegen unrichtiger Anwendung des Strafgesetzes angefochten worden.

Das Instanzgericht hat, nachdem es festgestellt hatte, der Angeklagte betreibe seit einer Reihe von Jahren zu Solingen die Stahlwaarenfabrikation, derselbe beschäftige eine größere Anzahl von Messerschmieden und Messerschlägern in der Weise, daß er ihnen die Lieferung der Klingen oder fertigen Messer übertrage, welche von denselben in eigenen Werkstätten und aus selbstbeschafftem Material angefertigt werden, in dieser Weise

seien von dem Angeklagten namentlich die Arbeiter H. und R. beschäftigt, und es seien denselben von ihm wiederholt in den letzten 5 Jahren Wechsel in Zahlung gegeben worden, in der hier in Frage kommenden Richtung zur Begründung der Freisprechung Folgendes ausgeführt: „Es sei in Betracht zu ziehen, ob der Angeklagte durch die Hingabe von Wechseln für die von H. und R. gelieferten Stahlwaaren sich des Vergehens gegen § 115 und 119 der Gewerbeordnung schuldig gemacht habe. Die Anklage gehe von der Annahme aus, daß die Genannten als Arbeiter des Angeklagten im Sinne der gedachten Gesetzesbestimmungen aufzufassen seien. Dies müsse indessen nach Prüfung der gewerblichen Thätigkeit der in Rede stehenden Personen verneint werden. Dieselben hätten während der gedachten Zeit in eigenen Werkstätten mit Hülfe von Gesellen und Lehrlingen gearbeitet und zwar theils auf Bestellung, theils — wenn Bestellungen fehlten — für eigenes Lager. Die Bruttoeinnahmen hätten sich bei H. auf 80—90 Mark wöchentlich, bei R. auf noch höhere Summen belaufen. Schon aus diesen Umständen würde sich ergeben, daß die Genannten als Arbeiter im Sinne des Titel VII der Gewerbeordnung, welcher von gewerblichen Arbeitern (Gesellen, Gehülfen, Lehrlingen, Fabrikarbeitern) handle, und insbesondere des § 115 daselbst nicht angesehen werden könnten. Die Selbständigkeit ihres Gewerbebetriebs, welche eine solche Auffassung ausschließe, trete aber noch mehr zu Tage durch den von ihnen bekundeten Umstand, daß dieselben ihre Arbeitserzeugnisse nicht nur an den Angeklagten, sondern zu gleicher Zeit auch an andere Gewerbetreibende abgesetzt hätten. Aus der letztgedachten Thatsache folge, daß die Zeugen auch unter Heranziehung des § 119 der Gewerbeordnung nicht als Arbeiter im Sinne des Gesetzes betrachtet werden könnten, da § 119 hierunter Personen, welche in eigenen Werkstätten mit Anfertigung gewerblicher Erzeugnisse beschäftigt seien, nur dann subsummire, wenn sie für bestimmte Gewerbetreibende arbeiten."

Diese Motivirung ist nicht geeignet, die Freisprechung in der hier in Frage kommenden Richtung zu rechtfertigen.

Es sind vorliegend folgende Bestimmungen im VII. Abschnitte der Gewerbeordnung in Betracht zu ziehen:

§ 115. Die Gewerbetreibenden sind verpflichtet, die Löhne ihrer Arbeiter baar in Reichswährung auszuzahlen.

§ 119 Abs. 2. Unter den in §§ 115 bis 118 bezeichneten Arbeitern werden auch diejenigen Personen verstanden, welche für bestimmte Gewerbetreibende außerhalb der Arbeitsstätten der Letzteren mit der Anfertigung gewerblicher Erzeugnisse beschäftigt sind.

§ 146. Mit Geldstrafe bis zu 2000 Mark und im Unvermögensfalle mit Gefängniß bis zu 6 Monaten werden bestraft: 1) Gewerbetreibende, welche bei der Zahlung des Lohnes . . . an die Arbeiter dem § 115 zuwiderhandeln.

Die Strafbestimmung des § 146 Nr. 1 findet sonach nicht blos auf gewerbliche Arbeiter im engeren Sinne, welcher nach der Ueberschrift des VII. Abschnitts der Gewerbeordnung Gesellen, Gehülfen, Lehrlinge und Fabrikarbeiter umfaßt, sondern auch auf Arbeiter in dem weiteren, in § 119 Abs. 2 der Gewerbeordnung zum Ausdrucke gebrachten Sinne Anwendung. Das Gesetz wollte auch die der s. g. Hausindustrie angehörigen Arbeiter, welche zufolge ihrer Thätigkeit außerhalb der Werkstätten ihrer Arbeitgeber sich einer scheinbaren äußeren Selbständigkeit erfreuen, aber doch in dem Falle, wenn sie nicht an einen unbestimmten Kreis von Kauflustigen, sondern im Wesentlichen an bestimmte Gewerbetreibende ihre gewerblichen Erzeugnisse absetzen, vor den Folgen einer dadurch gegenüber diesen bestimmten Arbeitgebern entstehenden wirthschaftlichen Abhängigkeit schützen (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. IX S. 351 ff., Bd. XII S. 428 ff., Bd. XIII S. 285 ff.).

Das Untergericht hat nun die Annahme, daß H. und R. keine Arbeiter im Sinne des § 119 Abs. 2 cit. seien, darauf gestützt, daß dieselben ihre Arbeitserzeugnisse nicht blos an den Angeklagten, sondern zu gleicher Zeit auch an „andere Gewerbetreibende" abgesetzt hätten. Diese Thatsache ist jedoch nicht entscheidend, denn wenn, was nach der Feststellung nicht ausgeschlossen ist, der Angeklagte und die „anderen Personen" bestimmte Arbeitgeber gewesen wären, wenn H. und R. im Wesentlichen nur an sie ihre Arbeitserzeugnisse abgesetzt haben sollten, so wäre die Anwendbarkeit des § 119 Abs. 2 nicht beseitigt. Das Gericht hat zwar schließlich ausdrücklich darauf hingewiesen, es seien unter § 119 nur Personen zu subsummiren, welche für bestimmte Gewerbetreibende arbeiten, und es sollte offenbar hierdurch die Annahme zum Ausdruck

gebracht werden, dieses treffe bei H. und R. nicht zu; allein im Hinblick auf die vorangehenden Ausführungen ist es zweifelhaft, ob das Gericht das Arbeiten für bestimmte Gewerbetreibende deshalb verneint hat, weil H. und R. als unabhängige Meister ohne Beschränkung auf den Absatz an bestimmte Gewerbetreibende gearbeitet hätten, oder ob jene Verneinung sich auf die rechtsirrthümliche Ansicht stützt, der § 119 Abs. 2 finde nur dann Anwendung, wenn ausschließlich für einen bestimmten Gewerbetreibenden, nicht aber, wenn für mehrere bestimmte Gewerbetreibende gearbeitet werde (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. XIII S. 291).

Auch die weitere Feststellung, H. und R. hätten, wenn Bestellungen gefehlt, für eigenes Lager gearbeitet, beseitigt die Anwendbarkeit des § 119 Abs. 2 nicht, denn es ist einestheils durch jene Feststellung die Annahme nicht ausgeschlossen, daß die beiden Personen bei zeitweisem Mangel an Bestellungen ihrer bestimmten Arbeitgeber nur zu dem Zwecke für eigenes Lager gearbeitet haben, um in der Folge den von ihnen erarbeiteten Vorrath zur Ausführung der von ihnen erwarteten künftigen Bestellungen der bestimmten Arbeitgeber zu verwenden, und es ist anderntheils, wenn auch diese Unterstellung nicht zutreffen sollte, wenn vielmehr anzunehmen wäre, daß der erarbeitete Vorrath nicht blos für bestimmte Gewerbetreibende, sondern auch für andere Kauflustige bestimmt war, die fragliche Feststellung mangelhaft, insofern aus derselben der Umfang des Arbeitens „für eigenes Lager" im Verhältniß zum Arbeiten für bestimmte Gewerbetreibende, insbesondere für den Angeklagten D. nicht ersichtlich ist, so daß es zweifelhaft erscheint, ob das Instanzgericht geprüft hat, ob die in Frage stehende Thatsache nach den konkreten Umständen geeignet war, die Verneinung der vom Gesetze vorausgesetzten wirthschaftlichen Abhängigkeit gegenüber den bestimmten Arbeitgebern zu rechtfertigen.

Dem Ausgeführten zufolge war, wie geschehen, zu erkennen.

I. Strafsenat des Reichsgerichts.

Sitzung vom 9. Dezember 1886.

Strafsache. — Wechsel. — Versendung desselben zum Zwecke der Präsentation zur Annahme vor Entrichtung der Stempelabgabe. — Auftrag zur Protesterhebung.

Der § 7 des Wechselstempelsteuergesetzes vom 10. Juni 1869 ist dahin auszulegen, daß es dem Aussteller eines inländischen Wechsels und dem ersten Inhaber eines ausländischen Wechsels nicht nur gestattet ist, vor Entrichtung der Stempelabgabe den Wechsel zum Zwecke der Präsentation zur Annahme zu versenden, sondern auch damit den Auftrag zu verbinden, im Falle der Nichtannahme Protest erheben zu lassen.

Strafsache gegen Meyer.

So entschieden vom ersten Strafsenate des Reichsgerichts unter Verwerfung der von der Staatsanwaltschaft eingelegten Revision gegen das Urtheil der Strafkammer des Königl. Landgerichts zu Köln vom 10. Juli 1886 aus folgenden

Gründen:

Der Angeklagte hat einen von ihm als Aussteller an eigene Ordre auf E. F. Sperl in Merseburg gezogenen Wechsel von 402,17 Mark, ohne ihn mit einer Stempelmarke zu versehen, dem Gerichtsvollzieher Tauchnitz in Merseburg mit dem Auftrage übersendet, den Wechsel dem Bezogenen zur Annahme zu präsentiren und im Falle der Nichtannahme Protest zu erheben. Der Angeklagte ist deshalb von dem Schöffengerichte wegen Wechselstempelsteuerhinterziehung zu 15 Mark Geldstrafe verurtheilt, auf hiergegen ergriffene Berufung aber von dem Vorderrichter freigesprochen worden. Gegen diese aus § 7 des Wechselstempelsteuergesetzes vom 10. Juni 1869 abgeleitete Freisprechung wendet sich die von der Staatsanwaltschaft eingelegte Revision, indem sie, sich streng an den Wortlaut des angeführten § 7 anlehnend, behauptet, daß der Angeklagte dadurch, daß er den Wechsel mit dem Auftrage, ihn zur Annahme zu präsentiren und im Falle der Nichtannahme Protest zu erheben, aus den Händen gegeben habe, über die Grenzen der in § 7 zugelassenen Ausnahme, wonach dem

Aussteller eines Wechsels gestattet ist, den Wechsel vor Entrichtung der Stempelabgabe lediglich zu dem Zwecke der Annahme zu versenden, hinausgegangen sei.

Diese Revisionsbegründung konnte nicht für zutreffend erachtet werden.

Die Protesterhebung ist kein „aus den Händen geben" des Wechsels im Sinne einer der Präsentation zur Annahme selbständig gegenüber stehenden materiellen Verfügung über den Wechsel. In Art. 18 der Wechselordnung, wo der Wechselinhaber für berechtigt erklärt wird, den Wechsel dem Bezogenen sofort zur Annahme zu präsentiren und in Ermangelung der Annahme Protest erheben zu lassen, erscheint die Protesterhebung lediglich als ein Theil des Präsentationsaktes, wie denn der Protest selbst nur einen nach den Vorschriften des Art. 88 der Wechselordnung hergestellten formellen Beweis über die erfolglose Präsentation zur Annahme darstellt. Wenn daher der angeführte § 7 in Ausnahme von der Regel des § 6, wonach die Entrichtung der Stempelabgabe erfolgen muß, ehe der Wechsel aus den Händen gegeben wird, dem Aussteller gestattet, den Wechsel vor Entrichtung der Stempelabgabe lediglich zum Zwecke der Annahme zu versenden und zur Annahme zu präsentiren, so ist damit von selbst auch gestattet, bei Versendung eines Wechsels zum Zwecke der Annahme mit dem Auftrage, ihn zur Annahme zu präsentiren, den weiteren Auftrag zu verbinden, im Falle der Nichtannahme den Beweis der erfolglos vorgenommenen Präsentation zur Annahme durch Aufnahme einer Protesturkunde herzustellen.

Diese über den engsten Wortlaut hinausgehende Auslegung der Ausnahmebestimmung des § 7 findet noch eine Bestätigung in der zur Rechtfertigung derselben in den Motiven zu § 7 gemachten Bemerkung, daß „durch die Ausnahme dem Bedürfnisse des Verkehrs, vor der Entrichtung der Steuer Gewißheit über die Annahme des Wechsels zu erlangen, Genüge geschehen solle," sofern die Aufnahme eines Protestes Mangels Annahme der unter den Umständen des Falles steuerfreien Präsentation zur Annahme, wie schon angeführt worden, nicht als eine selbständige Umlaufshandlung gegenüber, sondern blos accessorisch zur Seite steht, indem sie nichts Anderes bezweckt, als eben Gewißheit durch Aufnahme formellen vollgültigen Beweises über diesen Punkt herzustellen.

In Uebereinstimmung hiermit ist denn auch in § 5 a. a. O. nur derjenige als Theilnehmer am Umlaufe des Wechsels bezeichnet, welcher Protest Mangels Zahlung erheben läßt.

Hiernach war in Uebereinstimmung mit der in dem angefochtenen Urtheile getroffenen Auslegung des § 7 cit. die Revision zu verwerfen.

I. Strafsenat des Reichsgerichts.

Sitzung vom 9. Dezember 1886.

Strafsache. — Strafantrag. — Desfallsige Bestellung eines Pflegers für Minderjährige. — Zulässigkeit derselben. — Selbständige Prüfung durch den Strafrichter.

Der Vater oder sonstige gesetzliche Vertreter eines verletzten Minderjährigen kann als verhindert an der Ausübung der väterlichen oder vormundschaftlichen Rechte angesehen werden, wenn er den erforderlichen Strafantrag gegen seine eigene Ehefrau zu richten haben würde. Dem Minderjährigen kann daher in einem solchen Falle ein Pfleger beigeordnet und von diesem wirksam Strafantrag gestellt werden.

Der Strafrichter ist zu selbständiger Prüfung der Zulässigkeit der Bestellung des Pflegers befugt und nicht verpflichtet, die Entscheidung über das etwa dagegen ergriffene Rechtsmittel abzuwarten.

Strafsache gegen die Ehefrau D.

E. H., dritte Ehefrau von F. H. D., war wegen Mißhandlung der minderjährigen Kinder des Letzteren aus zweiter Ehe bereits durch Urtheil der Strafkammer zu C. vom 30. September 1885 mit Gefängniß bestraft worden. Später wurde nochmals das Strafverfahren gegen sie wegen Mißhandlung ihrer Stiefkinder eingeleitet, dasselbe jedoch in der Hauptverhandlung eingestellt, da der Vater der Kinder den von ihm gestellten Strafantrag zurückzog. Als abermals eine Anzeige gegen sie wegen Mißhandlung ihrer Stiefkinder einlief, wurde durch Beschluß des Amtsgerichts zu A. als Vormundschaftsgericht vom 3. Juli 1886 denselben ein Pfleger beigeordnet,

welcher noch am nämlichen Tage Strafantrag gegen die Stiefmutter wegen Mißhandlung seiner Mündel stellte. Die von dem Vater gegen den Beschluß des Vormundschaftsgerichts erhobene Beschwerde wurde durch Beschluß des Landgerichts zu C. vom 15. Oktober 1886 verworfen. Gegen letzteren Beschluß erhob der Vater weitere Beschwerde. Noch bevor über diese vom Kammergericht entschieden war, *) wurde die inzwischen auf Grund des von dem Pfleger gestellten Strafantrages unter Anklage gestellte Ehefrau D. durch Urtheil der Strafkammer zu C. vom 3. November 1886 wegen Mißhandlung eines ihrer Stiefkinder verurtheilt. Die von der Angeklagten gegen dieses Urtheil eingelegte und u. A. auf Verletzung des § 261 der Strafprozeßordnung und des § 61 des Strafgesetzbuchs gestützte Revision wurde durch Urtheil des ersten Strafsenats des Reichsgerichts verworfen aus folgenden

Gründen:

— — — Endlich liegt auch ein rechtsgültiger Strafantrag vor. Indem derselbe die Bestrafung aller Mißhandlungen ihrer Stiefkinder, welcher sich die Angeklagte seit November 1885 schuldig gemacht habe, verlangt, hat er mit genügender Bestimmtheit auch auf den hier in Rede stehenden Fall der Mißhandlung des Stiefsohnes Karl hingewiesen. Sodann war aber auch das Gericht nicht verpflichtet, das Schicksal der bezüglich der stattgefundenen Bestellung des Pflegers ergriffenen Beschwerde an das Kammergericht abzuwarten, bevor es dessen

*) Die Entscheidung erfolgte durch Beschluß des ersten Civilsenats des Kammergerichts vom 22. November 1886. Durch diesen Beschluß wurde die weitere Beschwerde gegen den Beschluß vom 15. Oktober 1886 verworfen, indem das Kammergericht erwog:

Daß, wie sich aus den Anführungen in der Beschwerde an das Landgericht zu C. vom 29. September c. ergibt, gegen die Ehefrau des Beschwerdeführers wegen Mißhandlung ihrer Stiefkinder die öffentliche Klage erhoben worden;

Daß der für die Bestrafung der Angeklagten erforderliche Strafantrag nach § 65 Strafgesetzbuch von dem Beschwerdeführer zu stellen und nach Lage des Falles gegen seine Ehefrau zu richten war;

Daß hiernach die väterlichen Pflichten, welche der Beschwerdeführer gegen seine Kinder zu erfüllen hat, mit den Rücksichten gegen die Thäterin, welche sich aus seinem ehelichen Verhältniß zu derselben naturgemäß ergeben, in Widerstreit gerathen und den Beschwerdeführer an der Ausübung der väterlichen Rechte und Pflichten hindern konnten;

Strafantrag entgegennahm, weil es nach § 261 Strafprozeßordnung befugt war, selbst die Zulässigkeit der Bestellung des Pflegers zu prüfen. Die Revision behauptet zwar, der § 261 Strafprozeßordnung könne vorliegend nicht zur Anwendung kommen, weil es sich nicht um die Strafbarkeit der Handlung, sondern lediglich um die Frage gehandelt habe, ob ein Pfleger bestellt werden dürfe oder nicht. Allein bei den Antragsdelikten wird, wenn auch nicht die criminelle Schuld, so doch die Strafbarkeit der begangenen Handlung erst durch die Stellung des Strafantrages begründet, und somit stand allerdings die Frage, ob die Bestellung eines Pflegers zulässig sei, mit der Frage, ob die That der Angeklagten strafbar sei, im Zusammenhange. Und wenn auch § 261 Strafprozeßordnung nur von der Beurtheilung eines bürgerlichen Rechtsverhältnisses spricht, so ist doch hierunter nicht ausschließlich die Entscheidung einer streitigen Frage des Civilrechts zu verstehen, sondern es muß dieser Paragraph auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts und überhaupt bezüglich eines jeden beliebigen bürgerlichen Rechtsverhältnisses, also auch dann zur Anwendung gebracht werden können, wenn es sich um die Zulässigkeit der stattgefundenen Bestellung eines Pflegers handelt. Diese Zulässigkeit wird aber auch von der Revision mit Unrecht bestritten. Es mag derselben zugegeben werden, daß der Vater der mißhandelten Kinder rechtlich an der Erhebung eines Strafantrages gegen seine Ehefrau nicht gehindert war, weil er sie nur so weit

---

Daß hiernach das Vormundschaftsgericht von seinem Standpunkte aus auf Grund des § 86 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 zur Bestellung eines Pflegers für den oben angegebenen Zweck befugt war und ein unberechtigter Eingriff in die väterlichen Rechte des Beschwerdeführers nicht vorliegt, zumal der in der Strafsache erkennende Richter immerhin noch zu prüfen und endgültig zu befinden hat, ob ein Fall vorlag, in welchem der gesetzliche Vertreter der durch die Strafthat verletzten minderjährigen Kinder zur Entscheidung über Anbringung oder Unterlassung des ihm zustehenden Strafantrages rechtlich unfähig war, und ob der vom Vormundschaftsgerichte bestellte Pfleger mit dem Rechte, jene Entscheidung zu treffen, und mit der Befugniß auf eventuelle Stellung des Strafantrages wirksam ausgestattet werden konnte;

Daß bei Bestellung eines Pflegers die vorherige Vernehmung des Vaters oder Vormundes in § 86 a. a. O. nicht vorgeschrieben ist, und daher auch durch die unterlassene Vernehmung des Beschwerdeführers vor Bestellung des Pflegers das Gesetz nicht verletzt ist.

zu schützen hatte, als sie einen rechtlichen Schutz von ihm beanspruchen konnte. Aber es kann keinem Zweifel unterliegen, daß unter den von dem Urtheile festgestellten konkreten Verhältnissen, in Anbetracht namentlich, daß der Vater der mißhandelten Kinder in Folge seines Mangels an Energie nicht im Stande war, seiner Pflicht zum Schutze derselben unter Benachtheiligung seiner Ehefrau nachzukommen, eine thatsächliche Verhinderung desselben zu der gebotenen Vertretung des Interesses seiner Kinder angenommen werden muß, und daß sonach die Voraussetzung, unter welcher nach § 86 der Preußischen Vormundschaftsordnung in öffentlichem Interesse ein Pfleger für dieselben bestellt werden durfte, gegeben war.

I. Strafsenat des Reichsgerichts. Sitzung vom 23. Dezember 1886.

Strafsache. — Verjährung. — Unterbrechung durch eine Handlung des Richters. — Gerichtsassessor. — Ueberweisung desselben zur unentgeltlichen Beschäftigung bei einem Preußischen Amtsgerichte. — Beleidigung in einer Zeitung oder Zeitschrift. — Bekanntmachung der Verurtheilung.

Hat ein Gerichtsassessor, welcher einem Preußischen Amtsgerichte nach Anordnung des Justizministers zur unentgeltlichen Beschäftigung überwiesen worden, die Vorladung eines Beschuldigten zur verantwortlichen Vernehmung an Stelle des Amtsrichters verfügt, so wird durch diese richterliche Handlung die Verjährung unterbrochen.

Auch bei Beleidigungen, welche in einer Zeitung oder Zeitschrift erfolgen, ist, wenn auf Strafe erkannt wird, dem Beleidigten in dem **Urtheile** die Befugniß zuzusprechen, die Verurtheilung auf Kosten des Schuldigen in der vom Gerichte bestimmten Art und Frist (§ 200 Abs. 1 und 2 des Strafgesetzbuchs) bekannt zu machen.

Strafsache gegen Cardauns.

Der erste Strafsenat des Reichsgerichts hat die Revision des wegen Beleidigung verurtheilten Redakteurs der Kölnischen

Volkszeitung gegen das Urtheil der Strafkammer des Königl. Landgerichts zu Köln vom 17. März 1886 verworfen, dagegen auf die Revision des Staatsanwalts das erwähnte Urtheil, insoweit es dem Antrage, dem Beleidigten die Befugniß zur öffentlichen Bekanntmachung der Verurtheilung auf Kosten des Verurtheilten zuzusprechen, keine Folge gegeben, aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen aus folgenden

Gründen:

I. In der Revision des Angeklagten wird Verletzung des § 68 des Strafgesetzbuchs gerügt und der Antrag auf Freisprechung wegen Verjährung gestellt. Das erstrichterliche Urtheil hat festgestellt, daß die Verjährung noch vor Ablauf der Verjährungsfrist durch Vorladung des Angeklagten zur verantwortlichen Vernehmung vor das Amtsgericht zu Köln, also durch eine wegen der begangenen That gegen den Thäter gerichtete Handlung des Richters unterbrochen worden sei; die Revision macht aber geltend, daß nicht der nach der Geschäftsvertheilung des landgerichtlichen Präsidiums zuständige Amtsrichter, sondern ein Gerichtsassessor die Ladung erlassen und unterzeichnet habe, der zwar durch Verfügung des Justizministers dem mit mehreren Amtsrichtern besetzten Amtsgerichte zur unentgeltlichen Beschäftigung überwiesen, aber, da ihm durch die erwähnte Geschäftsvertheilung seitens des Präsidiums des Landgerichts Geschäfte bei dem Amtsgerichte nicht zugewiesen worden wären, auch zur Erlassung der fraglichen Ladung nicht zuständig gewesen sei.

Der erste Richter hat in dieser Beziehung konstatirt, daß der dem Amtsgerichte in der erwähnten Weise zur Beschäftigung überwiesene Assessor in Folge mündlicher Anweisung des aufsichtführenden Amtsrichters bei der betreffenden Abtheilung des Amtsgerichts zu Köln beschäftigt worden sei, und daß sich der Amtsrichter auf Grund einer allgemeinen mündlichen Ermächtigung des Landgerichtspräsidenten zu dieser Anweisung für befugt gehalten habe.

Die fragliche richterliche Handlung ist auch trotz der gegen sie erhobenen Bedenken als gültig anzusehen.

Wie schon der erste Richter betont, ergibt der Gegensatz zwischen den §§ 3 und 5 des Preußischen Ausführungsgesetzes

zum Deutschen Gerichtsverfahrungsgesetze vom 24. April 1878, daß die Gerichtsassessoren, wenn sie nach ihrer Ernennung einem Amtsgerichte zur unentgeltlichen Beschäftigung überwiesen sind, auch dann, wenn sie nicht als Hülfsrichter bestellt wurden, zur Wahrnehmung richterlicher Geschäfte befugt sind, weil die Beschränkung dieser Befugniß auf die zu Hülfsrichtern bestellten Gerichtsassessoren ausdrücklich nur für die Landgerichte und die Strafkammern bei den Amtsgerichten, welche nur einen territorial abgegrenzten Theil der Geschäfte der landgerichtlichen Strafkammer wahrzunehmen haben, vorgeschrieben wurde, daher für die Amtsgerichte nicht gilt.

Die Richtigkeit dieser Auffassung wird durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes entschieden bestätigt.

Im Regierungsentwurfe, der in diesem Punkte keine sachliche, sondern nur redaktionelle Aenderungen erlitt, trat der erwähnte Gegensatz noch deutlicher hervor, indem dort die berührten Bestimmungen der §§ 3 und 5 des Gesetzes in einem § 3 zusammengefaßt waren, welcher folgenden Wortlaut hatte: „Die Gerichtsassessoren werden nach Anordnung des Justizministers bei einem Amtsgerichte, einem Landgerichte oder einer Staatsanwaltschaft beschäftigt. Dieselben sind bei den Landgerichten und bei den Strafkammern der Amtsgerichte zur Wahrnehmung richterlicher Geschäfte nur befugt, wenn sie als Hülfsrichter bestellt sind."

Könnte nach dieser Fassung ein Zweifel darüber bestehen, daß die nach Anordnung des Justizministers einem Amtsgerichte überwiesenen Assessoren dort richterliche Geschäfte wahrnehmen können, so würde derselbe beseitigt werden durch folgende Ausführung der Motive: „Hinsichtlich der Amtsgerichte hat das Deutsche Gerichtsverfassungsgesetz besondere Vorschriften über die Voraussetzungen, unter welchen richterliche Beamte zeitweilig bei den Gerichten beschäftigt werden können, nicht getroffen. Nach dem Entwurfe ist der Justizminister nicht gehindert, zu bestimmen, daß die einem Amtsgerichte lediglich zur Beschäftigung überwiesenen Assessoren zur Vornahme sämmtlicher bei dem Amtsgerichte vorkommenden Geschäfte befugt sein sollen. Nur in einer Beziehung macht der Entwurf eine Ausnahme." (Nun folgt unter Bezugnahme auf § 69 des Gerichtsverfassungsgesetzes die Begründung, warum ein Gerichtsassessor an einer amtsgerichtlichen Strafkammer nur theilnehmen kann, wenn er zum Hülfsrichter

bestellt ist.) Dann fahren die Motive fort: „Weitergehende Beschränkungen hinsichtlich der Beschäftigung der Gerichtsassessoren bei den Amtsgerichten darf die Gesetzgebung ohne Schädigung wichtiger Interessen nicht aufstellen. Für die Rechtspflege ist es von Wichtigkeit, daß auch denjenigen Gerichtsassessoren, welche nicht mit der Vertretung verhinderter Richter beauftragt worden, also nicht zu Hülfsrichtern bestellt sind, die Möglichkeit weiterer Ausbildung und entsprechender Beschäftigung gewährt werde. Diese Möglichkeit besteht nur dann, wenn den Gerichtsassessoren die Gelegenheit zur selbständigen Wahrnehmung richterlicher Geschäfte nicht gänzlich entzogen wird. Die Gelegenheit hierzu ist schon ohnehin dadurch erheblich beschränkt, daß bei den Landgerichten eine selbständige Beschäftigung der überzähligen Gerichtsassessoren reichsgesetzlich nicht gestattet ist". (Materialien, Drucksache Nr. 60 Seite 14 und 15). Diese Anschauung wurde offenbar von den übrigen gesetzgebenden Faktoren getheilt. In der Sitzung des Abgeordneten-Hauses wurde dieser Punkt von einem Redner berührt mit den Worten: „Der Assessor erscheint völlig ungebunden bei dem Amtsgerichte. Bei den Landgerichten kann er selbständige Geschäfte nur wahrnehmen, sofern ihn der Justizminister als Hülfsrichter hinschickt." (Stenographische Berichte Seite 405.)

Eine Bestreitung der in den Motiven niedergelegten, im Wesentlichen auch aus dem Wortlaute des Entwurfs sich ergebenden Anschauung der Regierung erfolgte von keiner Seite, und kann somit unbedenklich angenommen werden, daß der Assessor beim Amtsgerichte im Sinne des Preußischen Ausführungsgesetzes an sich gleich dem wirklichen Amtsrichter zur Wahrnehmung sämmtlicher beim Amtsgerichte vorkommenden richterlichen Handlungen (mit der bereits erwähnten Ausnahme der Mitwirkung bei der Strafkammer) befugt sei, und daß somit diese Handlungen, wenn sie ein Gerichtsassessor vorgenommen hat, dieselbe rechtliche Gültigkeit zu beanspruchen haben, wie die von einem Amts- oder Hülfsrichter besorgten.

Hieran ist auch durch die Bestimmungen des § 23 des Preußischen Ausführungsgesetzes nichts geändert. Zwar bestimmt diese Gesetzesstelle, in welcher Art die Geschäfte bei den Amtsgerichten vertheilt werden sollen, und ordnet an, daß dies durch das Präsidium des Landgerichts im Voraus auf die Dauer des Geschäftsjahres zu geschehen hat. Allein in Absatz 2 ist

ausdrücklich bestimmt, daß die Gültigkeit der Handlung eines Amtsrichters dadurch nicht berührt wird, wenn sie nach der Geschäftsvertheilung von einem der anderen Amtsrichter vorzunehmen gewesen wäre. Diese Bestimmung darf ohne Weiteres auf jeden Richter ausgedehnt werden, der gleich dem Amtsrichter zur Vornahme amtsrichterlicher Funktionen befugt ist; denn sie ist nur eine nothwendige Anerkennung der dem Reichs-Gerichtsverfassungsgesetze zu Grunde liegenden Anschauung, daß für die vorzunehmenden richterlichen Akte nur das Amtsgericht als solches, nicht der einzelne Richter bei demselben zuständig sei, woraus nothwendig folgt, daß, wenn die Geschäfte eines Amtsgerichts von einer Mehrzahl von Richtern zu besorgen sind, es für die Gültigkeit der Amtshandlung gleichgültig sein muß, ob der eine oder andere der mehreren Richter dieselbe vorgenommen hat.

Diese Auffassung hat ja auch in den Motiven zu § 16 des Entwurfs des mehrgedachten Ausführungsgesetzes (§ 23 des Gesetzes), dessen Absatz 2 unverändert Gesetzeskraft erlangte, Ausdruck gefunden, indem es dort heißt: „Die im Voraus angeordnete Geschäftsvertheilung darf selbstverständlich nicht die Bedeutung haben, daß dadurch die gesetzliche Zuständigkeit jedes einzelnen Amtsrichters für sämmtliche bei dem Amtsgerichte vorkommende Geschäfte berührt wird. Andernfalls würde die Gültigkeit der Handlungen der Amtsrichter bei den mit mehreren Richtern besetzten Amtsgerichten zum Nachtheil der Rechtspflege gefährdet werden. Die Handlung eines Amtsrichters muß daher, wie der Entwurf vorschreibt, rechtsbeständig bleiben, auch wenn dieselbe nach der Geschäftsvertheilung von einem anderen Amtsrichter vorzunehmen gewesen wäre." (Materialien, Drucksache 60 Seite 35.)

Hieraus ergibt sich, daß die Gültigkeit richterlicher Handlungen beim Amtsgerichte nicht von der Geschäftsvertheilung, sondern von der dem Richter als solchem zustehenden gesetzlichen Befugniß zur Vornahme solcher Handlungen abhängt, und daß diese Befugniß im Allgemeinen auch dem Gerichtsassessor zukommt, ist bereits erörtert. Auch die von der Revision geforderte Zuweisung von Geschäften an einen dem Amtsgerichte zur Beschäftigung überwiesenen Gerichtsassessor, die allerdings unzweifelhaft dem Geiste des Gesetzes entspricht, kann nur in analoger Anwendung des § 23 Absatz 1 des Ausführungs-

gesetzes erfolgen; denn auch dieser Absatz spricht nur von „Amtsrichtern" als der regelmäßigen Kategorie von Richterbeamten am Amtsgerichte. Um so weniger kann es bedenklich erscheinen, die gleiche Analogie auch dann, wenn Absatz 2 derselben Gesetzesstelle in Frage kommt, gelten zu lassen.

Abgesehen hiervon kann die Gültigkeit der hier fraglichen Thätigkeit, einer blosen Ladung in einer Strafsache, deren Vornahme nach der Feststellung des ersten Richters auf mündlicher Anordnung des aufsichtführenden Amtsrichters beruht, um so weniger einem Bedenken unterliegen, als dieselbe nach § 2 Abs. 2 des Ausführungsgesetzes sogar einem Referendare hätte übertragen werden können, daher gewiß ohne Gefährdung ihrer Rechtsgültigkeit auch dem mit viel weitergehenden Befugnissen ausgestatteten Gerichtsassessor übertragen werden konnte (vergl. Allgemeine Verfügung des Justizministers vom 9. Dezember 1879, betreffend Uebertragung richterlicher Geschäfte an Referendare, Justizministerial-Blatt Seite 466).

War aber die Ladung rechtsgültig angeordnet, so ist durch dieselbe, wie die Revision selbst zugibt, die Verjährung rechtzeitig unterbrochen, und war somit die Revision des Angeklagten zu verwerfen.

II. Begründet erscheint dagegen die Revision des Staatsanwalts, welche sich dagegen richtet, daß dem Beleidigten nicht die Publikationsbefugniß aus § 200 des Strafgesetzbuchs zugesprochen worden sei. Der erste Richter meint, es bedürfe einer Bestimmung über Veröffentlichung der Entscheidung im Urtheile nicht, weil die Beleidigung in einer Zeitung erfolgt und dies in der Urtheilsformel zum Ausdruck gebracht sei. Die im § 200 Absatz 2 des Strafgesetzbuchs vorgeschriebene Veröffentlichung sei ein Theil der Strafvollstreckung, der sich nur darin von anderen Arten derselben unterscheide, daß er vom Antrage des Beleidigten abhängig gemacht sei. Dieser Antrag sei nicht, wie im ersten Absatze des § 200, an eine Frist gebunden, und schon hieraus ergebe sich, daß der Schlußsatz jenes ersten Absatzes hier nicht anwendbar sei.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Die öffentliche Bekanntmachung einer Verurtheilung wegen Beleidigung ist, wie das Reichsgericht in dem Urtheile der vereinigten Strafsenate vom 13. April 1882 (Entscheidungen Band VI Seite 180) eingehend erörtert hat, als Strafe aufzufassen.

Jede Strafe, auch wenn sie eine sogenannte absolute Strafe ist, welche dem richterlichen Ermessen nicht durch einen Strafrahmen Spielraum gewährt, ist aber im Urtheile auszusprechen und kann nicht vollstreckt werden ohne vollstreckbare Ausfertigung des auf Strafe lautenden Urtheiles (Strafprozeßordnung § 483).

Allerdings hat das Reichsgericht in einem früheren Urtheile erörtert, daß die in § 200 Absatz 2 angeordneten Maßnahmen nicht ausdrücklich durch richterliches Urtheil ausgesprochen werden müssen, sondern im Stadium der Vollstreckung auf Antrag des Beleidigten kraft gesetzlicher Vorschrift von der Vollstreckungsbehörde in Vollzug zu bringen seien, aber, wie ausdrücklich hervorgehoben wurde, nur dann, wenn die Befugniß zur Veröffentlichung nach Absatz 1 zugesprochen ist (vergl. Urtheil III. Strafsenats vom 14. April 1880 rep. Nr. 853/80), eine Voraussetzung, in deren Aufstellung die Anerkennung des Prinzips liegt, daß die Strafe als solche im Urtheile ausgesprochen sein müsse, wenn auch die Modalitäten ihres Vollzuges da, wo sie gesetzlich normirt sind, keiner Erwähnung im Urtheile bedürfen.

Wenn der erste Richter der Meinung ist, es bedürfe einer Bestimmung über die Veröffentlichung im Urtheile überhaupt nicht, sondern könne bei Beleidigungen, welche in einer Zeitung oder Zeitschrift erfolgen, ohne Weiteres die in § 200 Absatz 2 normirte Veröffentlichung auf dem Wege der Vollstreckung erfolgen, so verkennt er nicht nur, wie erwähnt, das Verhältniß von Strafe und Strafvollstreckung, sondern auch die Beziehung der beiden ersten Absätze des § 200 des Strafgesetzbuchs zu einander.

Der zweite Absatz des § 200 enthält keine selbständige, in dem dort angeführten Falle die Anwendbarkeit des Absatzes 1 ausschließende Vorschrift, sondern bildet nur eine aus dem Absatze 1 zu ergänzende Zusatzbestimmung zu diesem. § 200 Absatz 1 bestimmt bezüglich aller öffentlichen oder durch Verbreitung von Schriften, Darstellungen oder Abbildungen begangenen Beleidigungen, daß, wenn bezüglich derselben auf Strafe erkannt, zugleich dem Beleidigten die Befugniß zuzusprechen sei, die Verurtheilung auf Kosten des Schuldigen in der vom Richter zu bestimmenden Art und Frist bekannt zu machen.

Wenn Absatz 2 fortfährt: „Erfolgte die Beleidigung in einer Zeitung oder Zeitschrift, so ist der verfügende Theil des Urtheiles auf Antrag des Beleidigten durch die öffentlichen Blätter bekannt zu machen und zwar womöglich durch dieselbe Zeitung oder Zeitschrift und in demselben Theile und mit derselben Schrift, wie der Abdruck der Beleidigung geschehen," so ergibt schon diese Fassung mit ihrem unmittelbaren Anschluß an den voranstehenden Absatz, daß es sich hier nur um eine besondere Art der im Absatze 1 besprochenen Beleidigung handelt, wie ja auch eine in einer Zeitung oder Zeitschrift begangene Beleidigung unzweifelhaft von der „durch Verbreitung von Schriften" begangenen Beleidigung mit umfaßt wird. Es muß aber auch angenommen werden, daß die in Absatz 1 normirte Voraussetzung der Publikationsbefugniß, daß „auf Strafe erkannt" ist, sowie die Bestimmung der Art und Frist der Bekanntmachung auch für den Absatz 2 zu gelten haben, daß daher Absatz 2 nicht für sich allein und abgetrennt von Absatz 1 aufgefaßt und ausgelegt werden darf.

Es kann unmöglich behauptet werden, daß die Bestimmung des Absatzes 2 Anwendung finden solle, wenn wegen der zu veröffentlichenden Beleidigung nicht „auf Strafe erkannt" ist; es wäre widersinnig, wenn die Veröffentlichung nicht auch in den Fällen des Absatzes 2 auf Kosten des Verurtheilten geschehen müßte, und es ist nicht abzusehen, warum der Gesetzgeber in den Fällen des Absatzes 2 dem Beleidigten eine unbegrenzte oder, wie Einige wollen, die unverhältnißmäßig lange Frist für Verjährung der Strafvollstreckung (§ 70 des Strafgesetzbuchs) hätte gewähren sollen, während sonst für Preßdelikte regelmäßig kürzere Verjährungsfristen laufen, als für andere Strafthaten.

Alle diese Schwierigkeiten entstehen nur, wenn man den Absatz 2 als eine für sich bestehende selbständige Vorschrift ansehen will; sie fallen weg, sobald man ihn mit der gemeinen Meinung als einen Zusatz zu Absatz 1 auffaßt und, soweit er unvollständig, aus letzterem ergänzt.

Nur bezüglich der in Absatz 1 dem richterlichen Ermessen überlassenen Art der Veröffentlichung hat Absatz 2 bei Beleidigungen in Zeitungen und Zeitschriften eine bestimmte Norm vorgezeichnet, deren Ausführung im Allgemeinen dem Vollstreckungsverfahren überlassen werden kann. Aber selbst in dieser

Richtung ist, wie das Reichsgericht schon früher ausgeführt hat, das dem Richter in Absatz 1 eingeräumte Ermessen nicht unbedingt ausgeschlossen. Das Reichsgericht hat bezüglich des dem Absatze 2 durch die Strafgesetznovelle vom 26. Februar 1876 beigefügten Zusatzes: „In demselben Theile und mit derselben Schrift, wie der Abdruck der Beleidigung geschehen," ausgeführt, daß dieser Zusatz nach den Motiven zum Gesetzentwurfe eine Deklaration der Vorschrift in Absatz 1 des § 200, daß die Art der Bekanntmachung vom Strafrichter zu bestimmen sei, enthalte, daß aber die hier bezeichnete Stelle nur als Regel zu gelten habe, von welcher der Strafrichter nach der ihm gemäß Absatz 1 eingeräumten Befugniß aus überwiegenden Gründen der Zweckmäßigkeit abweichen dürfe. (Urtheil des II. Strafsenats vom 3. Februar 1882 Entscheidungen Band V Seite 381; vergl. Urtheil des III. Strafsenats vom 9. Februar 1881 gegen Sch. rep. Nr. 3468/80).

Ist aber dem Erörterten zufolge der Absatz 2 des § 200 nur ein Zusatz zu Absatz 1, kann dessen Anwendbarkeit noch nach mehrfacher Richtung der richterlichen Würdigung und Ergänzung im Sinne des Absatzes 1 unterliegen, so versteht es sich von selbst, daß der Richter von der imperativen Vorschrift des Absatzes 1, nach welcher dem Beleidigten die Veröffentlichungsbefugniß zuzusprechen ist, auch in den noch speziell unter Absatz 2 zu subsumirenden Fällen nicht absehen kann und darf.

Hiernach war das Urtheil, insoweit dasselbe den Antrag, dem Beleidigten die Veröffentlichungsbefugniß zuzusprechen, verwirft, aufzuheben und in die Instanz zurückzuverweisen.

Reichsgericht, I. Strafsenat. Sitzung vom 27. Mai 1886.

Condictio indebiti. — Voraussetzungen derselben. — Beweis der Nichtschuld. — Beweis des Irrthums.

Zur Begründung der condictio indebiti gehört in erster Linie der Nachweis der Zahlung einer Nichtschuld, und es wird, wenn dieser Nachweis vorliegt, der Irrthum des Zahlenden so lange vermuthet, bis anderweit feststeht, daß die Zahlung von demselben wissentlich in der Absicht, eine Liberalität auszuüben, oder mit dem Willen, auf die Rückforderung zu verzichten, geleistet worden ist.

Königl. Eisenbahn-Direktion zu Elberfeld — Küster.

Urtheil:

J. E., daß, wenn vom Oberlandesgerichte unter den festgestellten Umständen angenommen worden, daß die dem Rechtsvorgänger der Kassationsverklagten geleisteten Abschlagszahlungen, welche nach § 10 der Spezialbedingungen als Vorschüsse gebucht werden und bei der Schlußzahlung in Anrechnung kommen sollten, mit der Uebernahme der vollendeten Arbeiten und Leistung der letzten Zahlung, d. h. mit der Erfüllung der beiderseitigen Vertragspflicht der Parteien, einen definitiven Charakter erhalten haben, in dieser Annahme ein Rechtsirrthum nicht zu finden ist;

Daß hiernach das Oberlandesgericht die erhobene Klage mit Recht als condictio indebiti behandelt hat und der bezügliche Angriff der Kassationsschrift sich als unbegründet darstellt;

J. E., was sodann die Voraussetzungen der genannten Klage und deren Beweis betrifft, daß nach den hier maßgebenden gesetzlichen Prinzipien (Art. 1235, 1376 und 1377 des Code civil), wie diese auch vom Reichsgerichte wiederholt anerkannt worden, davon auszugehen ist, daß zur Begründung der condictio indebiti in erster Linie der Nachweis der Zahlung einer Nichtschuld gehört, daß aber, wenn dieser vorliegt, der Irrthum des Zahlenden vermuthet wird, und zwar so lange, bis anderweit feststeht, daß derselbe wissentlich in der Absicht, eine Liberalität auszuüben, oder mit dem Willen, auf die Rückforderung zu verzichten, gezahlt hat, Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 1 S. 198;

Daß es hiernach Sache des Oberlandesgerichts gewesen wäre, zuvörderst auf den in erheblicher Art erbotenen Beweis, daß der von der Kassationsklägerin zurückgeforderte Betrag indebite geleistet sei, zu erkennen und je nach dem Ergebnisse der Beweisaufnahme dann die weitere Entscheidung zu treffen war;

Daß das Oberlandesgericht aber gerade entgegengesetzt einen vom Kläger zu erweisenden Irrthum des Zahlenden als das erste Fundament der Klage erachtet und, weil der Beweis desselben hier nicht geführt worden, ferner angenommen hat, daß es einer Prüfung der Frage, ob auch das zweite Funda-

ment derselben, die Zahlung eines Indebitums, nachgewiesen sei, nicht bedürfe;

Daß hiernach die oberlandesgerichtliche Entscheidung auf einer rechtsirrthümlichen Grundlage beruht, daher nicht aufrecht erhalten werden kann;

Daß somit ein Eingehen auf die Ausführungen im Einzelnen erübrigt u. s. w.

Aus diesen Gründen

vernichtet das Reichsgericht, zweiter Civilsenat, das Urtheil des Königl. Oberlandesgerichts zu Köln vom 30. April 1885, verordnet u. s. w.

Reichsgericht, Sitzung vom 16. November 1886.

Ref. H. R.-G.-Rath Wulfert.

Rechtsanwälte: Sachs — Lewald.

Ehescheidungsklage. — Urtheil. — Ausspruch der Trennung.

Die Art. 258 und 264—266 des B. G.-B. sind mit Einführung der Civilprozeßordnung außer Kraft getreten. Bei Klagen auf Ehescheidung wegen eines bestimmten Grundes ist daher nunmehr auch im Gebiete des Rheinisch-Französischen Rechts durch das erkennende Gericht die Trennung der Ehe selbst auszusprechen.

St. — Ehefrau St.

Die Ehefrau des Rentners St. hat gegen ihren Ehemann Klage zum Landgerichte Köln auf Ehescheidung wegen schwerer Mißhandlungen erhoben. Der Antrag war in der Klage dahin gerichtet, die Scheidung der zwischen den Parteien bestandenen Ehe zuzulassen und die Klägerin zu ermächtigen, sich zu dem kompetenten Civilstandsbeamten zu begeben, um die Scheidung aussprechen zu lassen. Demnächst wurde der Klageantrag dahin modifizirt, die Trennung der zwischen den Parteien bestehenden Ehe auszusprechen. Der Beklagte erhob Widerklage auf Scheidung wegen Ehebruchs.

Das Landgericht erkannte nach Aufnahme der beiderseits erbotenen Beweise durch Urtheil vom 18. Dezember 1885, wie folgt: „Auf die erhobene Klage, sowie in gleicher Weise auf die er-

hobene Wiederklage wird die zwischen den streitenden Parteien bestehende Ehe getrennt. Jeder Theil trägt die erwachsenen Kosten zur Hälfte."

Der Beklagte erhob Berufung und beantragte eventuell — was hier allein interessirt — das Urtheil a quo jedenfalls insoweit abzuändern, als dasselbe auf Trennung der Ehe erkannt habe, indem auszuführen versucht wurde, daß die Art. 258 und 264—266 des B. G.-B. durch die deutsche Prozeßgesetzgebung nicht beseitigt seien und danach auf Zulassung der Ehescheidung, die demnächst von dem zuständigen Civilstandsbeamten auszusprechen sei, hätte erkannt werden müssen.

Das Oberlandesgericht verwarf durch Urtheil vom 14. April 1886 die Berufung ihrem ganzen Umfange nach und erwog bezüglich des angeführten eventuellen Antrages, wie folgt:

„Anlangend den Punkt III des Antrages des Berufungsklägers, so kann dem mit einer übereinstimmenden größeren Anzahl von Entscheidungen des hiesigen Oberlandesgerichts conformen Urtheile in Sachen Dörfling gegen Dörfling vom 13. Januar 1883 (Rhein. Archiv Bd. 73. II. S. 69) nur beigepflichtet werden. Wie dort zutreffend ausgeführt ist, stellen die Art. 258 und 264—266 des B. G.-B. sich nicht mehr als materiell rechtliche, sondern, wenn auch an deren Nichtbefolgung Folgerungen, die das Materielle betreffen, geknüpft sind, als prozessualische Vorschriften eines Landesgesetzes dar, welche Mangels besonderer Aufrechterhaltung gemäß § 14 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung außer Kraft getreten sind. Es ist daher lediglich nach Maßgabe der zur Zeit bestehenden Civilprozeßordnung zu erkennen. Nach Fassung des für das ganze Deutsche Reich geltenden § 582 der Civilprozeßordnung war aber, da untergebens der Grund der Klage erwiesen ist, die Trennung der Ehe auszusprechen."

Gegen dieses Urtheil legte der Beklagte Revision ein und trug in der Revisionsinstanz darauf an, unter Aufhebung desselben nach dem von ihm in der Berufungsinstanz gestellten Antrage zu erkennen.

Das Reichsgericht, zweiter Civilsenat, verwarf jedoch die Revision auch bezüglich des hier interessirenden Punktes, indem es erwog, daß in dem Urtheile ein Rechtsirrthum nicht zu erkennen sei.

Reichsgericht. Sitzung vom 26. November 1886.

Mängelanzeige. — Kurze Verjährung der Klage. — Lieferung einer der Art nach verschiedenen Waare. — Schadensersatz. — Sommation.

Die Art. 347 und 349 des Handelsgesetzbuchs, betreffend die Mängelanzeige und die kurze Verjährung der Klage, sind nur anwendbar, wenn eine ihrer Beschaffenheit und Güte nach minderwerthige oder eine der zugesagten Eigenschaften entbehrende Waare geliefert worden ist, nicht aber auch dann, wenn die Lieferung einer der Art nach verschiedenen Waare stattgefunden hat.

Liegt der letztere Fall vor, so bedarf es, um Schadensersatz fordern zu können, nicht des Beweises einer Sommation.

Klein & Comp. — Lütgenau & Wiehager.

So entschieden vom zweiten Civilsenate des Reichsgerichts unter Zurückweisung der Revision gegen das Urtheil des Oberandesgerichts vom 20. März 1886 aus folgenden

Gründen:

I. Die angefochtene Entscheidung zur Hauptsache beruht auf folgenden thatsächlichen Feststellungen: Klägerin hat Prima raffinirtes englisches Olein gekauft. Unter Olein ist die freie Oelsäure zu verstehen, und als Olein im Handel bezeichnet man eine Waare, welche mindestens 90 Prozent freie Oelsäure enthält, während Mischungen von geringerem Gehalte als Blackoil oder Clothoil bezeichnet und nicht zur Tuchfabrikation, sondern zum Spinnen verwendet werden. Die Sachverständigen haben nur die letzte Sendung untersucht, die Parteien sind aber einverstanden, daß dieselbe den vorausgegangenen Sendungen mindestens gleichkam. Die Untersuchung ergab, daß die Waare aus einer Mischung von 56,02 Prozent freier Oelsäure mit 43,11 Prozent fremden Stoffen bestand, und Beklagte selbst gibt zu, daß in ihrem Olein nur 44,15 Prozent freier Oelsäure enthalten seien. Hieraus schließt der Berufungsrichter, Klägerin habe weder das gekaufte, noch Olein überhaupt erhalten, das empfangene Gemisch sei vielmehr eine andere Waare, als die bestellte. Diese wesentlich

thatsächliche Feststellung, welche sich als solche einer Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzieht, läßt einen Rechtsirrthum nicht erkennen.

Aus dieser Feststellung, daß nicht etwa nur eine minderwerthige, der zugesagten Eigenschaften entbehrende, sondern eine der Art nach verschiedene Waare geliefert worden sei, folgert sodann der Berufungsrichter mit Recht die Nichtanwendbarkeit der Art. 347 und 349 des Handelsgesetzbuchs. Art. 347 nimmt bei der Bestimmung der Untersuchungs- und Anzeigepflicht auf Art. 335 Bezug, welcher nur von der Beschaffenheit und Güte der Waare handelt, er gibt damit zu erkennen, daß die Worte: „wenn sich die Waare nicht als vertragsmäßig oder gesetzlich ergibt", nur auf die Beschaffenheit und Güte zu beziehen sind (vergl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 1 S. 292). Daß auch die kurze Verjährung der Klagen gemäß Art. 349 nicht eintrete, wenn statt der gelieferten Waare eine der Art nach andere geliefert worden ist, wird überdies durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes außer Zweifel gestellt, indem der nur von der Verjährung der Klagen wegen Mängel der Waare handelnde Entwurf die gegenwärtige Fassung lediglich zu dem Zwecke erhielt, um auszudrücken, daß die Vorschrift nicht allein von den auch ohne besondere Verabredung in Betracht kommenden Fehlern der Waare, sondern auch von einem Mangel vertragsmäßig bedungener Eigenschaften zu gelten habe (vergl. Protokolle S. 666 und 1391).

Der Angriff der Revision, daß mindestens bezüglich eines Theiles der Sendungen die Mängelanzeige versäumt und die Klageverjährung eingetreten sei, war demnach nicht als gerechtfertigt anzuerkennen.

II. In Betreff der Zuerkennung des Schadensersatzes rügt die Revision zunächst Verstoß wider § 491 der Civilprozeßordnung. Allerdings erscheint es bedeutungslos, daß sich die Klägerin in erster Instanz diesen Anspruch vorbehalten hat; derselbe beruht aber auf dem nämlichen Klagegrunde, wie die Hauptforderung, der Lieferung eines werthlosen und für die Tuchfabrikation sogar schädlichen Stoffes anstatt des gekauften Oleins. Die Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs stellt daher nur eine nach den §§ 240 Nr. 2 und 491 der Civilprozeßordnung zuläßige Erweiterung des Klagebegehrens in Bezug auf eine Nebenforderung dar. Uebrigens würde sich

auch die Annahme des Berufungsgerichts, daß eine Klageänderung nicht vorliege, nach § 242 der Civilprozeßordnung der Anfechtung entziehen.

Ebenso ungerechtfertigt erscheint die in materieller Beziehung erhobene Rüge, daß es der Feststellung einer Sommation bedurft und der Richter die Art. 1139 und 1145—1147 des B. G.-B. verletzt habe. Diese Bestimmungen haben nur den aus unterlassener oder verzögerter Erfüllung eines Vertrages entstehenden Schaden zum Gegenstande, während im vorliegenden Falle der Anspruch auf die Behauptung gestützt wird, daß Beklagte vertragswidrig wissentlich einen schädlichen Stoff geliefert und durch ihre unrichtige Zusage die Klägerin zu dessen Verwendung bei der Tuchfabrikation veranlaßt habe.

Hiernach war die Revision zurückzuweisen.

Reichsgericht. Sitzung vom 29. Dezember 1886.

Actio Pauliana. — Wirkung. — Compensation.

Die Anfechtungsklage aus Art. 1167 des B. G.-B. ist gleich der actio Pauliana des Römischen Rechts eine auf die fraus gegründete Schadensersatzklage des benachtheiligten Gläubigers; dieselbe hebt demnach den für fraudulös erklärten Akt zwischen den Kontrahenten nicht auf, sondern hat nur die Wirkung, daß derselbe dem betreffenden Gläubiger gegenüber als nicht geschehen fingirt wird. Der Mitkontrahent ist daher auch im Verhältniß zu dritten Gläubigern nicht berechtigt, aus der Ungültigkeitserklärung des fraudulösen Aktes Forderungen gegen den Schuldner herzuleiten und gegen eigene Schulden zu compensiren.*)

Schulte — Flach.

Der Kaufmann Anton Flach zu Frankfurt a. M. hat gegen den zu Biebrich-Mosbach wohnenden C. L. Semler ein rechtskräftiges Urtheil für 9498 Mark 95 Pfg. nebst Zinsen vom 8. April 1876 und für 4704 Mark 43 Pfg. nebst Zinsen

*) Vgl. Rh. Archiv 49. 1. 167.

vom 12. September desselben Jahres erwirkt. Einen Theil dieser Forderung übertrug Flach an den Kaufmann August Holthausen zu Soest, und dieser cedirte von der ihm übertragenen Forderung einen Betrag von 4000 Mark an die Firma Feldhusen & Leopold zu Bremen. Der genannte C. L. Semler war betheiligt an dem Nachlasse der Wittwe J. H. Semler zu Elberfeld, hatte jedoch seinen Erbantheil an diesem Nachlasse durch einen notariellen Vertrag vom 2. August 1879 an den daselbst wohnenden Kaufmann Peter Schulte verkauft; derselbe Schulte war Schuldner des Nachlasses der Wittwe Semler für einen erheblichen Betrag.

In die beim Landgerichte zu Elberfeld über den bezeichneten Nachlaß eingeleitete Theilungsprozedur intervenirten einerseits die Gläubiger Flach und Holthausen & Leopold, andererseits der genannte Schulte. Durch Urtheile des Landgerichts vom 19. Januar 1881 und des Oberlandesgerichts vom 24. Juni 1882 wurde der erwähnte Erbkaufvertrag als fraudulöses Geschäft für unwirksam erklärt und die Abweisung der Interventionsanträge des Schulte ausgesprochen. Durch den definitiv bestätigten Theilungsrezeß vom 9. September 1880 wurde C. L. Semler auf Schulte als Schuldner der Masse mit 17466 Mark 20 Pfg. nebst Zinsen seit dem 1. Januar 1880 angewiesen. Demnächst ließen Flach und Feldhusen & Leopold die ihrem Schuldner Semler gegen Schulte hiernach zustehende Forderung pfänden und erhoben, als Schulte erklärte, die von ihnen gepfändete Forderung nicht anerkennen zu können, Klage gegen denselben auf Zahlung in Höhe der ihnen von C. L. Semler geschuldeten Beträge. Gegen diese Forderung machte der Beklagte die Compensationseinrede für eine ihm buchmäßig gegen Semler zustehende Forderung aus der Zeit vom 1. Oktober 1878 bis 1. Dezember 1882 in Höhe von 10456 Mark 33 Pfg. geltend und berief sich hierfür auf die Aufstellung, daß er nach Aufhebung des Erbkaufvertrages seine sämmtlichen Forderungen gegen Semler, einerlei, ob dieselben bei Thätigung dieses Vertrages bereits bestanden hätten oder erst später entstanden wären, gegen dessen Anweisung in der Theilung aufzurechnen berechtigt sei.

Das Landgericht erachtete die Compensationseinrede für unbegründet und verurtheilte mit Vorbehalt des Nachweises der Aufhebung bestehender Pfändungen den Beklagten dem Klage-

antrage gemäß. Nachdem ein im entgegengesetzten Sinne erlassenes Urtheil des Oberlandesgerichts durch das Reichsgericht auf eingelegte Revision in soweit aufgehoben worden war, hat das Oberlandesgericht demnächst durch ferneres Urtheil vom 5. Juni 1886 angenommen, daß wegen der Forderungen, welche der Beklagte erst nach dem Abschlusse des Erbschaftskaufs vom 2. August 1879 erworben, keine Compensation eintrete, und demgemäß entschieden.

Gegen dieses Urtheil legte der Beklagte Revision ein und machte zur Begründung geltend, daß überhaupt der Fall des Art. 1167 des B. G.-B. nach den Urtheilen vom 19. Januar 1881 und 24. Juni 1882 nicht gegeben sei, daß aber, auch wenn man hiervon ausgehe, die Compensationseinrede trotzdem begründet sei.

Die Revision wurde jedoch vom zweiten Civilsenate des Reichsgerichts verworfen, soweit es hier interessirt, aus folgenden

Gründen:

Der Beklagte rügt ferner, daß, wenn man auch von dem Standpunkte des Art. 1167 des B. G.-B. ausgehe, das Oberlandesgericht doch mit Unrecht die Compensation der ihm erst seit dem Abschlusse des Erbschaftskaufes gegen Carl Ludwig Semler entstandenen Forderungen zurückgewiesen habe, dasselbe übersehe, daß mit der Durchführung der Anfechtungsklage eine allseitige restitutio in integrum eintrete, das Vertragsobjekt wieder in das Vermögen des Schuldners zurückgelange und damit hier die Zulässigkeit der Compensation gegeben sei. Auch dieser Angriff stellt sich als verfehlt dar.

Nach der richtigen Auffassung ist die Anfechtungsklage aus Art. 1167 des Code civil nicht eine Rescissions- oder Nullitätsklage, welche den fraudulösen Akt aufhebt und, dinglich wirkend, den Gegenstand desselben in das Eigenthum des Schuldners als ein gemeinschaftliches Befriedigungsobjekt für dessen sämmtliche Gläubiger zurückbringt. Dieselbe charakterisirt sich vielmehr, in Uebereinstimmung mit den Römischrechtlichen Grundsätzen von der actio Pauliana, als eine auf die fraus gestützte Schadensersatzklage des benachtheiligten Gläubigers, welche die Wirkung hat, daß der fraudulöse Akt diesem gegenüber als nicht geschehen fingirt und das Objekt desselben dem Zugriffe des Gläubigers unter-

worfen wird. Sie ist also eine persönliche Klage, welche nur zu Gunsten des anfechtenden Gläubigers, soweit derselbe benachtheiligt ist, wirkt und den fraglichen Akt namentlich auch zwischen den Contrahenten bestehen läßt. Vergl. Aubry & Rau Bd. IV pag. 130 seq., pag. 141 seq., Demolombe Bd. XXV Nr. 245 seq., Zach.-Dreyer Bd. II pag. 349 not. 5 und die Note von Labbé zu dem Urtheile in Sirey Bd. 82 Abth. 2 pag. 145/46.

Allerdings tritt nun als Wirkung der durchgeführten Anfechtungsklage eine restitutio in integrum ein, aber, was der Beklagte übersieht, lediglich zu Gunsten des siegreichen Anfechtungsklägers, nicht dagegen zum Vortheile der übrigen Gläubiger und namentlich auch nicht des unterliegenden Anfechtungsbeklagten.

Daraus folgt nun, daß der Beklagte Schulte hier nicht als Gläubiger des Semler auftreten und den Klägern gegenüber eine Compensation der fraglichen Forderungen geltend machen kann. Eine solche Compensation würde auch schon nach allgemeinen Grundsätzen — Art. 1289 Code civil — ausgeschlossen sein. Hiernach beruht der Angriff des Beklagten auf einer rechtsirrthümlichen Auffassung, und bedarf es daher eines weiteren Eingehens, namentlich auch auf die einzelnen Ausführungen des Oberlandesgerichts im Uebrigen nicht.

Reichsgericht. Sitzung vom 18. Januar 1887.

Klage aus unerlaubten Handlungen. — Ort der begangenen Handlung. — Zuständigkeit des Gerichts dieses Ortes.

Als Ort der begangenen unerlaubten Handlung im Sinne des § 32 der Civilprozeßordnung ist nicht der Ort anzusehen, an welchem die Ursache des schädigenden Erfolges sachlich ihre Entstehung genommen hat, sondern der Ort, an welchem der rechtserhebliche Thatbestand zur Erscheinung gelangt und somit der schädigende Erfolg durch die fortdauernde Wirkung jener Ursache herbeigeführt ist.

Königl. Würtembergischer Eisenbahn-Fiskus — Schorr.

Die Revision gegen das in diesem Bande des Archivs Abth. II S. 45 mitgetheilte Urtheil des Oberlandesgerichts

hat der zweite Civilsenat des Reichsgerichts zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Es handelt sich nicht darum, ob der Beklagte für eine Unterlassung zu haften habe, wie dessen Vertreter in der Revisionsverhandlung ausführte, sondern das Quasidelikt soll darin bestehen, daß eih dem Beklagten gehöriger Wagen, der schlecht beschaffen, beziehungsweise auf eine mangelhafte Art beladen war, von Stuttgart aus in Bewegung gesetzt, in das Gebiet des Landgerichts zu Saarbrücken gebracht und daselbst abgeladen worden sei, wobei in Folge der schlechten Beschaffenheit des Wagens und der fehlerhaften Art der Beladung desselben Peter Schorr getödtet worden sei. Die Annahme des Berufungsgerichts aber, daß dieses dem Beklagten vorgeworfene Verhalten so anzusehen sei, als ob er seine Thätigkeit in Würtemberg begonnen und in Wemmetsweiler zum Abschlusse gebracht habe, ist eine thatsächliche Würdigung und ein Rechtsirrthum dabei nicht erkennbar. Die daraus gezogene Folgerung, daß die unerlaubte Handlung auch in Wemmetsweiler begangen worden sei, weil das Verhalten des Beklagten bis zum eingetretenen Erfolge als eine einheitliche unerlaubte Handlung erscheine, beruht ebenfalls nicht auf Gesetzesverletzung. Vergl. Hellmann Handbuch Seite 117 und Entscheidungen des Reichsgerichts Band IV Nr. 105 S. 381.

Die Revision war hiernach, ohne daß es auf den weiteren Grund, aus welchem § 32 der Civilprozeßordnung für anwendbar erklärt worden ist, weil nämlich der unmittelbare Erfolg des Quasidelikts im Bezirke des angerufenen Gerichts eingetreten sei, ankommt, zurückzuweisen.

Reichsgericht. Sitzung vom 18. Januar 1887.

Konkurs. — Erbschaftsverkauf. — Verletzung über ein Viertel. — Anfechtung.

Der Konkursverwalter ist berechtigt, einen vor der Konkurseröffnung seitens des Gemeinschuldners stattgehabten Erbschaftsverkauf wegen Verletzung

über ein Viertel auf Grund der Art. 887 ff. des B. G.-B. anzufechten.

Die Anfechtung wegen Verletzung über ein Viertel setzt nicht die völlige Aufhebung der Gemeinschaft unter allen Betheiligten voraus. Die Bestimmung des Art. 889 des B. G.-B., wonach die Anfechtbarkeit ausgeschlossen ist bei Erbschaftsverkäufen, welche ohne Betrug an einen der Miterben auf dessen Risiko und Gefahr erfolgen, ist nur dann anwendbar, wenn der Verkauf ohne Berechnung der Aktiven und Passiven des Nachlasses, also über ein Ungewisses als reines Spekulationsgeschäft abgeschlossen worden ist.

Emanuel — Konkurs Emanuel.

Der Verwalter des Konkurses des Siegfried Emanuel zu Köln hat gegen die Mutter des Letzteren, die Wittwe Hermann Emanuel, sowie gegen dessen Geschwister Klage auf Theilung des Nachlasses des verlebten Hermann Emanuel erhoben.

Diese Klage wurde auf Grund zweier Privatakte vom 31. Mai und 9. Juni 1883 bestritten, durch welche Siegfried Emanuel seinen väterlichen Erbantheil seiner Mutter für den Betrag von 2195 Mark verkauft hatte.

Der Kläger griff diesen Verkauf als ein Scheingeschäft, eventuell auf Grund des § 24 der Konkursordnung als anfechtbar und in dritter Linie wegen Verletzung über ein Viertel (Art. 887 des B. G.-B.) an.

Das Landgericht erachtete die Einrede der Simulation für begründet und sprach demgemäß durch Urtheil vom 21. Oktober 1885 die Theilungsklage zu.

Die gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung wurde vom Oberlandesgerichte durch Urtheil vom 5. Mai 1886 verworfen, indem dasselbe annahm, daß zwar die Annahme des ersten Richters, daß ein Scheingeschäft vorliege, unrichtig sei, daß aber eine Verletzung über ein Viertel anzunehmen sei und daher der Art. 887 des B. G.-B. zur Anwendung kommen müsse.

Die Beklagten legten Revision ein und bestritten zur Begründung derselben in erster Linie die Berechtigung des Konkurs-

verwalters zur Anfechtung des Erbschaftskaufs wegen Verletzung über ein Viertel und machten in zweiter Linie geltend, daß eine Theilung im Sinne des Art. 887 ff. cit. überhaupt nicht vorliege, sowie daß die Bestimmung des Art. 889 des B. G.-B. der Anwendung des Art. 887 ibid. im vorliegenden Falle entgegenstehe.

Das Reichsgericht erklärte indessen diese Einreden für nicht begründet — indem es im Uebrigen das Urtheil des Oberlandesgerichts wegen der Möglichkeit einer auf die Berechnung des Viertels bezüglichen Rechtsverletzung aufhob — aus folgenden

Gründen:

Die Revisionskläger bestreiten mit Unrecht die Berechtigung des Konkursverwalters zur Anfechtung auf Grund der Art. 887 ff. des B. G.-B. Da es sich dabei nicht um Anfechtung aus dem eigenen Rechte der Gläubiger, sondern um die Ausübung eines dem Gemeinschuldner selbst zustehenden, zu dessen Vermögen gehörenden Klagerechtes handelt, kann weder der Art. 882 B. G.-B. zur Anwendung gelangen, noch kann es von rechtlicher Erheblichkeit sein, daß die Anfechtung der Rechtshandlungen des Gemeinschuldners in den §§ 22 ff. der Konkursordnung besonders geregelt ist. Es liegt auch kein Grund für die Annahme vor, daß diese nur das Vermögen betreffende Klage zu den höchst persönlichen Rechten (droits exclusivement attachés à la personne) des Schuldners im Sinne des Art. 1166 B. G.-B. zu zählen sei. Hiernach muß der Konkursverwalter als zu deren Erhebung legitimirt gelten, man mag denselben als den Vertreter der Gläubigerschaft oder als den Vertreter des Gemeinschuldners auffassen (§§ 5, 14 der Konkursordnung).

Was sodann die Voraussetzungen der Art. 887, 888, 889 B. G.-B. betrifft, so liegt:

1. ein Verkauf des Erbtheiles des Gemeinschuldners an die Mutter vor, durch welchen bezweckt wird, die Gemeinschaft zwischen dem Gemeinschuldner und der Käuferin aufzuheben, welche Letztere nicht nur in Folge der noch nicht getheilten ehelichen Gütergemeinschaft (Art. 1476 B. G.-B.), sondern auch, weil ihr letztwillig die disponible Quote vermacht ist, mit ihren Kindern in Erbgemeinschaft steht.

Es findet demnach Art. 888 B. G.-B. Anwendung, welcher nicht voraussetzt, daß durch den Verkauf die Gemeinschaft unter allen Miterben aufgehoben werde, vielmehr auch die Anfechtung eines die Theilung vertretenden Aktes zuläßt, wenn er nur zwischen einzelnen Miterben (entre cohéritiers) abgeschlossen worden ist.

Das Vorbringen in der Revisionsinstanz, daß der auf den Akt vom 31. Mai 1883 gefolgte Akt vom 9. Juni 1883 als Vergleich aufzufassen und deshalb die Anfechtung ausgeschlossen sei, ist in den Instanzen nicht geltend gemacht worden und entbehrt der thatsächlichen Grundlage, da nirgends ersichtlich ist, daß über das erste Geschäft ein Streit entstanden und dieser durch das zweite beigelegt worden sei.

2. Die Ausnahme in Art. 889, daß der Verkauf auf eigene Gefahr der Käuferin (à ses risques et périls) abgeschlossen worden sei, hat das Berufungsgericht mit Recht für nicht vorhanden erklärt. Diese dem älteren Rechte, welches nur zwischen Verkäufen an Fremde und solchen an Miterben unterschied, fremde Bestimmung ist in Folge Mißverständnisses einer Aeußerung von Pothier in das Gesetzbuch aufgenommen worden (vergl. Hureaux traité des successions V n. 29 ff.) und hat nicht den Sinn, daß jeder Erbschaftskauf an sich im Zweifel als aleatorisches Geschäft (Art. 1104 B. G.-B.) zu gelten habe, sondern setzt voraus, daß derselbe diesen Charakter dadurch erhalten habe, daß er ohne eine Berechnung und Schätzung der Aktiven und Passiven des Nachlasses, also über ein Ungewisses als reines Spekulationsgeschäft abgeschlossen worden sei. Ob diese Voraussetzung vorliege, ist nicht davon abhängig, ob der Verkäufer eine Garantie übernommen habe (Art. 1696 und 1698 B. G.-B.), sondern im gegebenen Falle in Würdigung aller Umstände zu entscheiden. Das Berufungsgericht hat nun aber unangefochten festgestellt, daß der Verkauf auf Grund eines Nachlaßinventars und einer Berechnung des Erbtheiles des Gemeinschuldners abgeschlossen worden sei.

Reichsgericht. Sitzung vom 23. Januar 1887.

Kaufvertrag über Immobilien. — Auflösungsklage. — Urtheil gegen den Käufer. — Hypothekargläubiger desselben. — Nebenintervention dieser Hypothekargläubiger. — Zustellung des Urtheiles. — Zustellung der Berufung.

In einem Rechtsstreite über die gegen den Käufer von Immobilien auf Grund des Art. 1184 des B. G.-B. beantragte Auflösung des Kaufvertrages sind die als Nebenintervenienten des beklagten Käufers aufgetretenen Hypothekargläubiger, welche ihre Hypothek auf das Eigenthum desselben an jenen Immobilien stützen, keine Streitgenossen des Beklagten im Sinne des § 59 der Civilprozeßordnung, weil weder das ergehende Urtheil diesen Hypothekargläubigern gegenüber Rechtskraft schafft, noch sonst aus dem bürgerlichen Rechte sich herleiten läßt, daß eine nothwendige Streitgenossenschaft vorliege, oder daß das Rechtsverhältniß allen Betheiligten gegenüber nur einheitlich festgestellt werden könne. Die Hypothekargläubiger können jedoch in ihrer Eigenschaft als Nebenintervenienten das Urtheil mit der Wirkung zustellen lassen, daß diese Zustellung auch als für den Beklagten geschehen zu gelten hat.

Hatte der Beklagte keinen Anwalt bestellt, und entspricht die Zustellung der Berufungsschrift an sich der Vorschrift des § 166 der Civilprozeßordnung, so kann der Umstand, daß der zur Familie des Beklagten gehörende Hausgenosse, welchem das an die Adresse des Beklagten gerichtete, dem zustellenden Postboten verschlossen zugekommene Schriftstück zur Aushändigung an den Beklagten übergeben worden ist, zu den Klägern gehört, deren Richtigkeit nicht begründen.

Weckbecker — Weckbecker.

Gegen das in diesem Bande des Archivs Abtheilung 2 Seite 24 mitgetheilte Urtheil des Oberlandesgerichts vom 29. Mai 1886 legten die Kläger Revision ein. Das Reichsgericht,

zweiter Civilsenat, hat dieses Urtheil aufgehoben, die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, die Gerichtsgebühren der Revisionsinstanz niedergeschlagen und die Entscheidung über die übrigen Kosten der Revisionsinstanz dem künftigen Urtheile vorbehalten aus folgenden

Gründen:

Die am 20. Juli 1885 bewirkte Zustellung der Berufung entspricht an sich der Vorschrift des § 166 der Civilprozeßordnung, und der Umstand, daß der Sohn der Beklagten, welchem in deren Abwesenheit das Schriftstück zur Aushändigung an dieselbe übergeben worden ist, zu den Klägern gehört, kann deren Nichtigkeit nicht bewirken. Die Bezugnahme des Berufungsgerichts auf das Urtheil des Reichsgerichts vom 18. Oktober 1882 (Bd. VII Nr. 123 S. 404) ist verfehlt, weil es sich im gegebenen Falle nicht, wie in jenem, darum handelt, ob eine Partei die für ihren Gegner bestimmte Ladung sich selbst als dessen Vertreter zustellen lassen, an sich selbst adressiren dürfe. Der Vertreter der Berufungskläger hat nämlich nicht an den Sohn der Beklagten zustellen lassen, vielmehr war das zuzustellende Schriftstück an die Adresse der Beklagten gerichtet, und der Postbote, welcher dasselbe verschlossen erhielt, konnte gar nicht wissen, daß der nach § 166 der Civilprozeßordnung zur Empfangnahme legitimirte Sohn zugleich Gegenpartei sei. Es ist nun an sich bedenklich, eine gesetzliche Vorschrift, deren Nichtbefolgung Nichtigkeit nach sich zieht, auf darin nicht vorgesehene Fälle auszudehnen, und muß dies dann für unzulässig erachtet werden, wenn auf solche Weise eine Nichtigkeit geschaffen wird, für welche weder die Partei, noch der zustellende Beamte verantwortlich sein können, da sie von denselben gar nicht zu vermeiden war. Ueberdies spricht auch keine Vermuthung dafür, daß der Sohn, weil er zu den Prozeßgegnern gehört, das für seine Mutter bestimmte Schriftstück dieser vorenthalten habe, und wenn etwa besondere Umstände zu einer solchen Vermuthung Anlaß bieten sollten, so gewähren die §§ 300, 302 der Civilprozeßordnung dem Gerichte ausreichende Mittel, um die Rechte der anderen Partei zu wahren. Die Entscheidung verletzt hiernach den § 166 der Civilprozeßordnung, und ist im Gegensatze zu derselben davon

auszugehen, daß die Berufung der Beklagten gesetzmäßig und rechtzeitig zugestellt worden sei.

Bezüglich der Rechtzeitigkeit ist mit dem Berufungsgerichte anzunehmen, daß die am 22. Juni von den Intervenienten bewirkte Zustellung des Urtheiles auch als für die Beklagte geschehen zu gelten habe. Zwar ist die Annahme unrichtig, daß hier ein Fall des § 59 der Civilprozeßordnung vorliege; denn wenn auch das Urtheil, durch welches auf Grund des Art. 1184 des B. G.-B. der Vertrag zwischen Verkäufer und Käufer für aufgelöst erklärt wird, unter Umständen als Thatsache gegen die Hypothekargläubiger des Letzteren Wirkung äußern kann, so schafft es doch keineswegs gegen die Letzteren Rechtskraft (Aubry et Rau § 769 Text und Anm. 39). Ebensowenig kann aus dem bürgerlichen Rechte hergeleitet werden, daß ein Fall der nothwendigen Streitgenossenschaft vorliege, oder daß das Rechtsverhältniß allen Betheiligten gegenüber nur einheitlich festgestellt werden könne. Die gleichzeitige Erhebung der Klage gegen den Erwerber und dessen Hypothekargläubiger (Verbindung von rescindens und rescissorium) ist zwar nicht nur statthaft, sondern sogar zweckmäßig; allein die Klage kann auch blos gegen den Käufer angestellt werden, und wenn sodann nach dem Obsiegen in diesem Rechtsstreite auf Beseitigung der vom Erwerber herrührenden Hypotheken geklagt wird, ist die Möglichkeit des Unterliegens in diesem Prozesse für den Verkäufer keineswegs ausgeschlossen. Die Hypothekargläubiger können sowohl auf Grund eigener, als auch auf Grund solcher Einwendungen obsiegen, welche ihr Rechtsgeber in dem gegen ihn geführten Prozesse versäumt hatte.

Aber auch, wenn die Nebenintervenienten auf Grund der §§ 66 und 58 der Civilprozeßordnung als Streitgenossen in Betracht kommen, so haben sie dennoch die Eigenschaft und Stellung von Nebenintervenienten nicht verloren, vielmehr diese jedenfalls insofern beibehalten, als sie für die Partei, welcher sie beigetreten sind, handeln (§ 64 Civilprozeßordnung), und deren Handlungen, welche mit den Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei nicht im Widerspruche stehen, auch als für diese geschehen zu gelten haben. Zu solchen Handlungen gehört aber auch die Zustellung des Urtheiles an die Gegenpartei.

Das Urtheil war hiernach wegen Verletzung des § 166 der Civilprozeßordnung aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuweisen. Da die Nebenintervenienten vor dem Berufungsgerichte ausdrücklich erklärt haben, daß sie aus der Art der Zustellung der Berufung an die Beklagte eine Einrede gegen deren Statthaftigkeit nicht herleiten, erschien es angemessen, auf Grund des § 6 des Gerichtskostengesetzes die Gerichtsgebühren niederzuschlagen.

Reichsgericht. Sitzung vom 28. Januar 1887.

Vierte Abtheilung.

Juristische Abhandlungen.

Finden die Beschränkungen der Civilprozeßordnung für die Zwangsvollstreckung (§ 715) nach rheinischem Recht Anwendung auf das Recht des Vermiethers an Sachen des Miethers?*) **) ***)

Von Rechtsanwalt Dr. Gorius.

Die Beantwortung der gestellten Frage erfordert vorab eine kurze Darstellung derjenigen Befugnisse, welche dem Vermiether nach heutigem rheinischen Recht an den Invecten und Illaten zustehen. Diese Befugnisse des Vermiethers sind in den Einzelgebieten des rheinischen Rechts heute von einander abweichend, in Baden, der Pfalz, Rheinhessen und Elsaß-Lothringen durch die Ausführungs-Gesetze zu den Justizgesetzen im Wesentlichen übereinstimmend geordnet, während das rheinpreußische Recht eine Sonderstellung einnimmt. Die Darstellung des letzteren und die Erörterung der gestellten Frage für dieses Gebiet geht zweckmäßig voran, weil die Lösung derselben für die erstgenannten Gebiete sich dadurch einfacher gestaltet und vielfach durch eine Bezugnahme auf die Darstellung des rheinpreußischen Rechts erledigt werden kann.

I.

Nach Art. 2092 C. c. haftet Jeder, der sich persönlich verbindlich gemacht hat, für die Erfüllung seiner Verbindlichkeit mit seinem ganzen beweglichen und unbeweglichen, gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen. Im Anschlusse hieran bezeichnet Art. 2093 das Vermögen des Schuldners als das gemeinschaftliche Unterpfand seiner Gläubiger. Der Preis desselben wird unter sie verhältnißmäßig vertheilt, wenn nicht rechtmäßige Ursachen eines Vorzuges unter denselben vorhanden sind.

---

*) **Besondere Literatur.** Das rheinische Recht und die Reichsgesetzgebung, von Dr. M. Scherer. Mannheim bei Bensheimer. 1885. S. 185 fg. bes. S. 210. — Das rheinische Civilrecht in seiner heutigen Geltung, von Dr. Cretschmar. Düsseldorf bei Bagel. 1883. (Cretschmar I.)
Die reichsrechtlichen Pfändungs-Verbote und die Sicherungsrechte des Vermiethers und Verpächters, von Dr. Cretschmar, im 68. Bande des Archivs für die civilistische Praxis S. 444 fg. Freiburg 1885. (Cretschmar II.)
Das rheinische Civilgesetzbuch in seiner heutigen Geltung von Müller, Masson und Winand. Düsseldorf bei Schwann. 1885. (Müller.)

**) Vgl. auch Abth. II S. 3 des vorliegenden Bandes und im entgegengesetzten Sinne Mittheilungen des Amtsrichtervereins 4. Jahrgang S. 1 (Anm. der Red.)

***) Mit Einwilligung des Verfassers und des Verlegers entnommen den diesjährigen Verhandlungen des deutschen Juristentages.

Beide Artikel bezeichnen sonach ganz allgemein als Unterpfand der Gläubiger alle gegenwärtigen und zukünftigen Güter des Schuldners. Allein diese Ausdrucksweise des Gesetzes ist ungenau und zu weit. Es muß nämlich eine ganze Reihe von Vermögenswerthen ausgenommen werden, welche vom Gesetz aus besonderen Gründen, des öffentlichen Interesses, der Billigkeit u. s. w., als ein solches Unterpfand der Gläubiger nicht erachtet werden. Darüber ist die Wissenschaft durchaus einig. Vgl. Marcadé-Pont zu Art. 2092, Nr. IV: La rédaction est trop absolue. Et, en effet, il faut retrancher de la règle tous les biens, que la loi dans un intérêt d'ordre public ou par des raisons d'humanité ou par toutes autres considérations a déclaré inaliénables, incessibles, insaisissables. Par exemple la dot de la femme, dans le régime dotal, est inaliénable et insaisissable; la loi veut encore, que certaines choses (comme le coucher, les instruments de travail, d'autres encore, dont l'énumération se trouve aux art. 580 et suivants et 592 du Code de procédure) ne puissent pas être saisies et vendues . . . Ebenso Boileux zu Art. 2092, VII. Aufl. Bd. 7 S. 161, und Troplong ad art. 1752, Nr. 538. Nur in dem durch besondere gesetzliche Bestimmung beschränkten Umfang ist sonach das Vermögen des Schuldners das gemeinsame Unterpfand seiner Gläubiger.

Gesetzliche Gründe einer vorzugsweisen Befriedigung des einen Gläubigers vor dem anderen aus den an sich zur Befriedigung Aller bestimmten Vermögenswerthen sind die Privilegien und Hypotheken (Art. 2094), von denen hier nur erstere in Betracht kommen. Das Privilegium endlich wird in Art. 2095 begrifflich bestimmt als ein Recht, welches die Beschaffenheit der Forderung dem Gläubiger ertheilt, den übrigen, selbst hypothekarischen Gläubigern vorgezogen zu werden.

In diesem Sinne stand gemäß Art. 2102 Nr. 1 dem Vermiether und Verpächter ein Vorzugsrecht an gewissen Fahrnißstücken zu, nämlich auf den Ertrag der Ernte des laufenden Jahres und den Werth von allem dem, womit der Schuldner das gemiethete Haus oder das gepachtete Grundstück versehen hat, sowie auf diejenigen Gegenstände, welche zur Bewirthschaftung des letzteren dienen.

Das Gesetz gebraucht an dieser Stelle den Ausdruck: „sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme." Es muß aber schon hier bemerkt werden, daß das Wort „garnit" nicht in dem engen Sinne genommen werden kann, den Cretschmar II. Seite 478 und Note 66 ibidem demselben beilegt. Wenn derselbe nur „alle die Wohnung ausstattenden, garnirenden Mobilien" darunter begreift und deshalb glaubt, die Nr. 1, 2, 6,

7, 9 des § 715 der D. C. P. O., also die Kleidungsstücke, Nahrungsmittel, Geld, Orden und Ehrenzeichen, schieden damit, als nicht zur Ausstattung der Wohnung dienend, aus dem Privilegium des Vermiethers schon nach französischem Rechte aus, so ist diese Auslegung nicht zutreffend. Die französische Doctrin und Praxis faßt den Ausdruck „garnit“ in viel weiterem Sinne auf; es muß dies auch geschehen, wenn man nicht les effets qui garnissent la maison mit den meubles meublans gleichstellen will, von denen Art. 534 C. c. spricht. Dieser letzte Ausdruck kann aber mit dem sehr allgemeinen „tout ce qui garnit la maison“ keineswegs gleichgestellt werden. Dieser geht weit über jenen hinaus; er umfaßt: „tous les objets apportés par le locataire pour meubler la maison, pour l'orner, pour y rester à demeure ou pour y être consommés, also besonders les meubles meublans, les provisions de ménage . . . la vaisselle . . . l'argenterie . . . le linge . . . les vêtements: ces objets garnissent la maison, bien qu'ils ne soient point destinés par leur nature à rester dans les endroits, où ils sont placés. Nur bezüglich des Geldes und der Orden und Ehrenzeichen hat allerdings auch die französische Jurisprudenz angenommen, daß sie a priori nicht unter das Privileg fallen; das Geld nicht, weil es (nach Pothier) est destiné, non point à demeurer dans la maison, mais à être dépensé au dehors, Orden und Ehrenzeichen, weil sie vornehmlich den Träger zu schmücken bestimmt sind. Vgl. Boileux l. c. S. 190, 191. Marcadé l. c. S. 79. Dem Objecte nach ergriff vielmehr das Privileg alles in die Wohnung Eingebrachte, mit Ausnahme des baaren Geldes, der Orden und Ehrenzeichen, insoweit überhaupt bewegliche Sachen ein Unterpfand der Gläubiger sind.

Seinem Inhalt und Umfange nach war das Privileg des Vermiethers innerhalb und außerhalb des Concurses (Falliments) das gleiche. Code de commerce Art. 533, 534. Broicher und Grimm S. 173.

Wie schon oben angedeutet, waren aber keineswegs alle Sachen dem Zugriff der Gläubiger Preis gegeben. Das französische Recht stellte Beschränkungen und Ausnahmen des allgemeinen in Art. 2093 C. c. niedergelegten Grundsatzes auf. Ueber die hier besonders in Betracht kommenden verbreiten sich die Art. 592 und 593 Code de procédure.

Nach Art. 592 ibidem waren der Beschlagnahme entzogen (ne pourront être saisis) und zwar ganz ähnlich, wie heute der Pfändung gemäß § 715 C. P. O.: das für die Gepfändeten und deren Kinder nöthige Bettwerk, die Kleider, mit denen sie bekleidet sind, auf das Gewerbe des Gepfändeten bezügliche Bücher bis zum Werthe von 300 frcs., Instrumente, Maschinen und Werkzeuge

bis zum gleichen Betrage, die Ausrüstung von Militärpersonen, Lebensmittel für den Gepfändeten und seine Familie, erforderlich zum Unterhalt während eines Monates, endlich eine Kuh oder 3 Schafe oder 2 Ziegen nebst dem für einen Monat erforderlichen Futter und Streu.

Bei Abweichungen im Einzelnen deckt sich, wie ersichtlich, diese Liste der unpfändbaren Sachen fast vollständig mit der von unserer C. P. O. angenommenen.

Aber während die deutsche C. P. O. in § 715 die dort aufgeführten Gegenstände ausnahmslos der Pfändung nicht unterworfen erklärt und nur im Falle des Concurses die sub Nr. 5 und 8 aufgeführten — landwirthschaftliches Inventar und Ausrüstung der Apotheken — in die Concursmasse zieht (K. O. § 1), und die Motive zu § 715 noch besonders hervorheben, daß die Beschaffenheit der zur Zwangsvollstreckung anstehenden Forderung einen Unterschied nicht begründe, machte das französische Prozeßgesetz gerade hier eine bedeutungsvolle, auf die gestellte Frage bezügliche Ausnahme. Es erklärte nämlich: „die eben verzeichneten Gegenstände können für keine Forderung gepfändet werden . . . außer für Pachtgelder und Erntelohn von Grundstücken, zu deren Cultur die gepfändeten Gegenstände verwendet werden, für die Miethe der Fabriken, Mühlen u. s. w., zu welchen sie gehören, und für die Miethe der Gebäude, welche zu der persönlichen Wohnung des Schuldners dienen.“ Nur das für die Gepfändeten und ihre Kinder nöthige Bettwerk und die Kleider, die sie trugen, war auch für Miethe unpfändbar erklärt.

Die Miethforderung wurde sonach als eine ganz besonders privilegirte behandelt. Sie war einmal privilegirt im Verhältniß zu anderen Gläubigern des Schuldners, aber ebenso bevorzugt im Verhältniß des Vermiethers zum Anmiether, da sie Gegenstände ergriff, die zur Deckung anderer Forderungen nicht herangezogen werden konnten.

Der geschilderte Rechtszustand erfuhr durch die Einführung der Justizgesetze eine durchgreifende, jedoch nicht vollständige Aenderung. Für den Fall des Concurses wurden die rheinisch-rechtlichen Privilegien durch die §§ 40—42 der Concurs-Ordnung ersetzt. Ein Recht auf abgesonderte Befriedigung steht dem Faustpfandgläubiger am Faustpfande zu, und dem Faustpfandgläubiger stehen nach § 41 Nr. 2 und 4 gleich: Verpächter wegen des laufenden und rückständigen Zinses, sowie wegen anderer Forderungen aus dem Pachtverhältniß in Ansehung der Früchte des Grundstücks und der eingebrachten Sachen, sofern die Früchte und Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden, Vermiether wegen des laufenden und des für das letzte Jahr vor der Er-

öffnung des Verfahrens rückständigen Zinses, sowie wegen anderer Forderungen aus dem Miethverhältnisse in Ansehung der eingebrachten Sachen, sofern die Sachen sich noch auf dem Grundstück befinden. Damit ist für den Fall des Concurses das Landesrecht beseitigt und ist auch speziell der Begriff der eingebrachten Sachen nicht mehr nach Landesrecht, sondern auf dem Boden der Justizgesetze, speziell der K. O., zu ermitteln. Vgl. Sarwey K. O. Noten 3, 8, 12., anscheinend abweichend Scherer S. 210. Ebenso sind, wie Scherer S. 189 mit Recht hervorhebt, auch außerhalb des Concurses die landesgesetzlichen Bestimmungen über Privilegien an Mobilien insoweit aufgehoben, als ein Pfändungspfandrecht vorliegt. Denn es bestimmt § 709 C. P. O., daß das Pfändungspfandrecht Pfand- und Vorzugsrechten vorgeht, welche für den Fall eines Concurses den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt sind. Gegenüber einem Pfändungspfandrecht kommen hiernach auch nur die Vorschriften der K. O., § 41, in Betracht.

Abgesehen von den beiden hervorgehobenen Fällen erübrigte aber noch die Regelung des Privilegienwesens außerhalb des Concurses auch für die Fälle, wo Pfändungspfandrechte nicht in Frage stehen. Wie Eingangs erwähnt, hat hier die preußische Gesetzgebung eine Sonderstellung eingenommen. Während nämlich die Ausführungs-Gesetze für Baden (§ 21), Bayern (Art. 148, 198, 199), Hessen (Art. 100, 102), Elsaß-Lothringen (§ 20) — abgedruckt bei Cretschmar II. S. 448 und in den Zusätzen zur C. P. O. von v. Wilmowski & Levy — an Stelle des Art. 2102 die Bestimmungen der §§ 40 und 41 der K. O. setzten, bestimmt § 7 des A. G. zur K. O. für Preußen vom 6. März 1879: „Die Vorschriften des § 41 der K. O. finden außerhalb des Concurs-Verfahrens auf das Verhältniß der durch diese Vorschriften den Faustpfandgläubigern gleichgestellten Gläubiger zu anderen Gläubigern des Schuldners entsprechende Anwendung. — Für Forderungen, für welche durch die Vorschriften der K. O. ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus einzelnen Gegenständen des beweglichen Vermögens nicht zugelassen ist, besteht auch außerhalb des Concursverfahrens kein Absonderungsrecht an solchen Gegenständen.“

Hiernach ist das Recht auf abgesonderte Befriedigung — Vorzugsrecht — des Vermiethers an den Invecten und Illaten sowohl für den Fall des Concurses, wie außerhalb desselben gleichmäßig geregelt, insofern es sich um das Verhältniß des Vermiethers zu anderen Gläubigern des Schuldners handelt. Insoweit dagegen das innere Verhältniß des Vermiethers zu seinem Miether in Betracht kommt, sind die Bestimmungen des rheinischen Rechts durch § 7 des A. G.

nicht geändert. Darüber, daß diese Unterscheidung eine bewußte und beabsichtigte war, lassen die Motive keinen Zweifel. Vgl. Actenstücke 7, S. 57 zu den Verhandl. des Abgeordnetenhauses von 1878/79.

Insoweit es sich also um eine Concurrenz des Vermiethers mit anderen Gläubigern des Schuldners, z. B. ein Vertheilungs-Verfahren, handelt, kommt nur in Betracht § 715 der C. P. O., § 709 ibidem und § 41 der K. O. Ungelöst aber ist die Frage, ob der Vermiether bei der Zwangsvollstreckung gegen den Miether die durch § 715 C. P. O. gezogenen Grenzen quoad objectum inne halten muß, oder ob er unter Berufung auf Art. 592 und 593 Code de proc. auch diejenigen Gegenstände zu seiner Befriedigung angreifen kann, deren Angriff Art. 593 ihm gestattete.

Für die Annahme der andauernden Geltung des früheren Rechtes lassen sich vornehmlich folgende Gesichtspunkte geltend machen.

Zunächst könnte man der Auffassung Raum geben, daß nach dem Grundsatze: lex posterior generalis non derogat legi priori speciali durch § 715 C. P. O. lediglich die allgemeine Bestimmung des Art. 592 Code de proc., nicht auch Art. 593 ibidem, dessen Ausnahme, beseitigt sei.

Des Ferneren könnte man darauf Bezug nehmen, daß die C. P. O. in § 715, wie in dem ganzen betreffenden Abschnitte, nur das Pfändungsrecht, wie es auf einem Urtheil beruhe, in Betracht gezogen habe, bezw. habe ziehen können, daß es sich dagegen beim Privileg des Vermiethers um ein gesetzliches Pfandrecht handle, welches durch die C. P. O. in keiner Weise berührt werde. Vgl. Scherer l. c. S. 210. Man könnte den Gedanken auch dahin fassen, daß es sich beim Verkaufe der Invecten und Illaten nicht um eine Maßregel der prozessualischen Zwangsvollstreckung, sondern, ähnlich wie beim Faustpfande, um die Ausübung eines materiellen Rechts handle, welches nur der vorherigen gerichtlichen Autorisation, in der Form des Urtheils oder eines gleichwerthigen Notariatactes, zu seiner Geldentmachung bedürfe. Man würde dann weiterhin annehmen müssen, daß die Art. 592, 593 Code de proc., trotz ihrer Stellung im Prozeßrecht, materiellrechtlich den Inhalt des Privilegiums des Vermiethers bezeichneten oder doch näher umgrenzten, daher, als materielle Vorschrift, von der deutschen C. P. O. nicht berührt würden.

Beide Gesichtspunkte erweisen sich aber bei näherer Prüfung als hinfällig.

Der Grundsatz, daß das spätere allgemeine Gesetz die frühere Einzelbestimmung nicht berühre, findet anerkannter Maßen dann keine Anwendung, wenn die neue Regel nothwendig oder absicht-

lich auch die Ausnahme berührt oder die frühere Ausnahme nur ein Folgesatz der alten, jetzt aufgehobenen Regel war. Vgl. Gönner, jur. Abhdlg. Bd. I Nr. 7. Holzschuher, Bd. I § 4, Nr. 8.

Trifft auch der letztere Gesichtspunkt in vorliegendem Falle nicht zu, so doch gewiß der erste.

Die Art. 592, 593 der französischen Prozeßordnung regelten das beneficium competentiae des Schuldnes einheitlich in der Weise, daß zu Gunsten gewisser Arten von Forderungen, speziell der Miethforderungen, die Rechtswohlthat nur in geringerem Umfange angerufen werden konnte.

Ebenso einheitlich will aber auch die neue deutsche C. P. O. die Rechtswohlthat des Nothbedarfs nicht nur für ihr ganzes territoriales Gebiet, sondern für das Prozeßgebiet überhaupt regeln, und sie erkennt ihrerseits, wie die Motive unzweideutig ergeben, die Art der Forderung nicht mehr als einen Grund, schärfere Vollstreckung zu gestatten, an. Privilegirte Forderungen in diesem Sinne sind ihr fremd. Die in § 715 aufgeführten Gegenstände sind nach Auffassung und Bestimmung der C. P. O. sowohl aus Gründen der Billigkeit gegen den Schuldner, des öffentlichen Interesses, als aus wirthschaftlichen und sozialen Rücksichten überhaupt nicht zur Schuldentilgung und Versilberung heranzuziehen. Ueberall, wo es sich von Zwangsvollstreckung durch Pfändung handelt, können die Bestimmungen des § 715 vom Schuldner angerufen, müssen vom vollstreckenden Beamten beobachtet werden. Es ist also zunächst inhaltlich und nach der gesetzgeberischen Absicht, aber auch selbst nach dem Wortlaut: „folgende Sachen sind der Pfändung nicht unterworfen" die alte Regel und Ausnahme beseitigt.

Vorausgesetzt ist allerdings, daß es sich früher und jetzt um eine Pfändung bei Ausübung des Miethprivilegiums handelt, also das fernere Bedenken unbegründet ist, daß die Art. 592, 593 Code de proc. nur eine nähere Umgrenzung des materiellen Privilegienrechts darstellten und der stattfindende Verkauf dem Verkauf eines Faustpfandes gleichzustellen sei.

Aber auch dieses Bedenken erweist sich als unzutreffend.

Daß die Art. 592, 593 insofern eine materiellrechtliche Bedeutung hatten, als sie den allgemeinen Grundsatz des Art. 2093 C. c., wonach das Vermögen des Schuldners das gemeinsame Unterpfand der Gläubiger ist, beschränkten und damit auch das Miethprivileg, das tout ce qui garnit la maison, näher bestimmten, ist allerdings richtig. Sie verloren damit aber keineswegs ihren prozessualischen Charakter. In gewissem Sinne wirkt jede prozessualische Bestimmung auf das materielle Recht zurück. Der Prozeß

enthält die Normen der Rechtsverwirklichung, bestimmt also gerade, in welchen Formen, unter welchen Voraussetzungen und wie weit die Rechte geltend gemacht werden können.

Die der Geltendmachung im Prozeß gezogene Grenze bildet daher gewiß auch eine Schranke des Rechtes selbst, ist aber wesentlich eine prozessualische nicht nur, weil die bez. Bestimmung sich formell im Prozeßgesetze vorfindet, sondern weil sie eine Beschränkung der Geltendmachung, Vollstreckung der Rechte überhaupt ist. Umschreibt man, in gewiß zutreffender Weise, den Inhalt der Art. 592 und 593 l. c. dahin, daß er die unpfändbaren Sachen bezeichnet, deren Kreis je nach Beschaffenheit der Forderung enger oder weiter ist, so ist damit der prozessuale Charakter der Vorschrift vollständig klargestellt. Nicht enthält derselbe eine genauere civilrechtliche Bestimmung eines gesetzlichen Pfandrechts; er bestimmt für die Verwirklichung der Rechtsverhältnisse überhaupt, welche Gegenstände zu solcher Realisirung unverwendbar sind. Zu gleichem Resultate, mit anderer Begründung, gelangt Cretschmar II. l. c. S. 478 und 479. Nach seiner Auffassung ergreift das Privilegium des Vermiethers zwar alle die Wohnung ausstattenden Mobilien — wenn auch in der von ihm angenommenen engeren Bedeutung des „tout ce qui garnit" —; dadurch stände aber noch nicht fest, daß sie alle auch eintretenden Falles zur Zwangsvollstreckung gebracht werden könnten. Diese Frage trete erst bei der eventuellen Zwangsvollstreckung selbst hervor, und dann hindere Art. 592 jcto 593 lediglich letztere. Allein diese Auffassung, welche zwischen einem theoretischen Privilegium an allen Sachen und dessen Geltendmachung an nur einzelnen derselben unterscheidet, erscheint verfehlt, auch keineswegs nothwendig. Was bliebe von einem Privileg übrig, wenn der Verkauf der demselben unterliegenden Gegenstände unstatthaft und, wie Cretschmar selbst mit Recht annimmt, auch kein Zurückbehaltungsrecht an denselben und aus beiden Gründen ebensowenig ein Vindicationsrecht bezüglich derselben besteht? Ein Recht ohne Inhalt. Es ist denn auch, wie schon oben hervorgehoben worden, die Auffassung der französischen Autoren durchaus die, daß die der Beschlagnahme nicht unterliegenden Gegenstände der allgemeinen Regel des Art. 2093 C. c. entzogen und deshalb auch von dem Privilegium nicht ergriffen sind, nicht ergriffen in Folge der prozessualen Rechtsnorm, daß die bezeichneten Gegenstände Befriedigungsmittel der Gläubiger nicht bilden.

Des Weiteren ist der bei Ausübung des Miethprivilegiums stattfindende Verkauf der Invecten und Illaten ein Zwangsverkauf und keineswegs dem Verkauf eines Faustpfandes gleichzustellen; auf Zwangsverkäufe können aber nur die heutigen Bestimmungen der C. P. O., besonders § 715 Anwendung finden.

Die französische Prozeßordnung bezeichnet den prozessualischen Rechtsbedarf des Vermiethers zur Geltendmachung des Privilegs an den Invecten und Illaten als saisie-gagerie, eine Bezeichnung, die der deutschen Pfändung nicht ohne Weiteres entspricht und in dem Worte gagerie einen Hinweis auf die dem Faustpfand ähnliche Natur des Miethprivilegs enthält. Eine Gleichstellung des Verkaufes der Invecten und Illaten mit jenem des Faustpfandes hat aber hiermit keineswegs stattgefunden.

Das französische Prozeßrecht versteht unter saisie im Allgemeinen jede Beschlagnahme zum Zweck der Vollstreckung und bezeichnet den näheren Inhalt und Zweck derselben durch einen Zusatz. So kennt dasselbe: saisie-arrêt, Sicherungs-Arrest, theilweise unserem heutigen Arrest, theilweise der Forderungspfändung entsprechend, saisie-exécution, entsprechend unserer Pfändung, saisie-révendication, Beschlagnahme zum Zweck der Wiedererlangung des Besitzes oder der detentio einer Sache, saisie-brandon, Pfändung der Früchte auf dem Halm, saisie-gagerie, die Beschlagnahme der Invecten und Illaten zum Zweck der Ausübung des Miethprivilegiums, saisie-immobilière, Beschlagnahme zum Zweck der Subhastation. Die nicht vollständige Gleichheit zwischen saisie-gagerie und Pfändung ist aber deshalb ohne Bedeutung, weil Art. 592 Code de proc. ganz allgemein erklärt: ne pourront être saisis u. s. w. Es ist daher nach den Art. 592, 593 jede Beschlagnahme der dort bezeichneten Gegenstände nach französischem Recht ebenso verboten, wie heute die Pfändung nach § 715. Die saisie-gagerie vollzieht sich aber nur und kann sich nur vollziehen als Beschlagnahme, bei der alle Formen der Pfändung (saisie-exécution) zu beobachten sind. Beim Faustpfande dagegen, dessen nothwendige Voraussetzung der Besitz in Händen des Faustpfandgläubigers oder eines von den Parteien vereinbarten Dritten ist, (C. c. Art. 2073 bis 2083) ist die Möglichkeit einer Beschlagnahme nicht vorhanden. Gerichtliches Verfahren tritt hier nur insofern ein, als der Pfandgläubiger gerichtlicher, im Wege der Klage nachzusuchender Ermächtigung bedarf, um zum Verkaufe des Pfandes zu schreiten oder dasselbe zum Taxwerthe zugeschlagen zu erhalten. Die deutsche K. O. sagt in § 41: „dem Faustpfandgläubiger stehen gleich . . . 2. der Verpächter . . . 4. der Vermiether.“ Sie bezeichnet damit nicht eine vollständige Gleichheit, wohl aber eine so bedeutungsvolle Aehnlichkeit beider Rechtsverhältnisse, daß es geboten erschien, gleiche Vorrechte an sie anzuknüpfen. Auf demselben Boden steht das französische Recht. Das Einbringen der Mobilien begründet ein der Detention ähnliches Verhältniß, äußerlich genügend erkennbar, um auch dem Dritten gegenüber rechtliche Wirksamkeit zu äußern, zu seiner Durchführung

aber doch einer Beschlagnahme (saisie) zum Zweck der wirklichen Besitzergreifung bedürftig und deshalb deren Vorschriften unterliegend.

Stellt sich hiernach in der Form und inhaltlich das Recht des Vermiethers an den Illaten und dessen Ausübung als ein Act der Zwangsvollstreckung dar, so ist an Stelle der saisie die Pfändung getreten, für welche § 715 C. P. O. auch im Verhältniß von Gläubiger und Schuldner maßgebend ist. Es bedarf des Weiteren auch keines Eingehens auf die Streitfrage, ob und inwieweit die Bestimmungen des § 715 absolutes Recht enthalten, ob im Einzelfalle ein Verzicht des Schuldners auf die Rechtswohlthat des Nothbedarfs statthaft sei oder nicht. Denn für die hier allein interessirende Frage, ob der Vermiether nach rheinischem Recht durch § 715 beschränkt sei, liefert dieselbe keine Ausbeute, sie ist nur nach Reichsrecht zu erledigen. Denn das Einbringen in die gemiethete Wohnung enthält weder die Bestellung eines Faustpfandes, noch einen vorgängigen Verzicht auf die Rechtswohlthat, dessen Unverbindlichkeit übrigens auch selbst von jenen Commentatoren angenommen wird, die bei Vornahme der Pfändung sebst einen solchen Verzicht auf die Rechtswohlthat in größerem oder geringerem Umfang für angängig erachten.

Hiernach kann für das Gebiet des rhein-preußischen Rechts die Frage, ob die Beschränkungen des § 715 C. P. O. auch auf das Recht des Vermiethers an Sachen des Miethers Anwendung finden, nur bejaht werden. Wie früher die Art. 592, 593 Code de proc. das Miethprivileg inhaltlich beschränkten, so findet heute Beschränkung durch § 715 C. P. O. statt. Die hier bezeichneten Gegenstände werden vom Miethprivilegium nicht ergriffen, weil nach Art. 2093 und 2102 C. c das Vermögen des Schuldners nur insoweit das gemeinsame Unterpfand seiner Gläubiger ist, als nicht die geltende Gesetzgebung bestimmte Gegenstände hiervon ausnimmt.

Mit dem ermittelten Resultat stimmen auch Scherer und Cretschmar l. c. überein. Soweit es dem Referenten möglich war, die Praxis der in erster Linie mit der Frage befaßten Amtsgerichte zu erkunden, ist dieselbe die gleiche. Die in § 715 bezeichneten Gegenstände werden auch wegen Miethforderungen frei gegeben bezw. freigelassen. Während Niederschrift dieses Berichtes ist sodann auch der IV. Civilsenat des Kgl. Oberlandesgerichts zu Köln mit der vorliegenden Frage im Wege einer weiteren Beschwerde befaßt worden. Er hat dieselbe auch seinerseits in obigem Sinne gelöst.

(Folgt der in der zweiten Abtheilung dieses Bandes Seite 3 abgedruckte Beschluß des IV. Senats in Sachen Kuhn — Ehlsheimer.)

Wie ersichtlich, ist das Oberlandesgericht in seinem Beschlusse wesenlich den Ausführungen Cretschmar's im Archiv für c. Praxis, insbesondere seiner Auslegung der Worte tout ce qui garnit in Art. 2102 C. c., sowie seiner Unterscheidung zwischen Inhalt und Geltendmachung des Privilegs gefolgt. Die abweichende Auffassung des Referenten ist oben dargelegt.

Wenn das Oberlandesgericht auf § 289 St. G. B. Bezug nimmt und ausführt, daß der Verzicht des Schuldners auf die Wohlthat oder eine Verfügung desselben zu Gunsten anderer Gläubiger über die fraglichen Gegenstände nun auch dem Vermiether den Zugriff gestatte, und hieraus einen materiellen Inhalt des Privilegs auch bezüglich der unpfändbaren Sachen construirt, um die Folgerung zu vermeiden, das Privileg habe keinen materiellen Inhalt, so erscheint dieser Versuch nicht gelungen. § 289 St. G. B. bestraft denjenigen, welcher seine eigene bewegliche Sache dem Nutznießer, Pfandgläubiger oder demjenigen, welchem an der Sache ein Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, in rechtswidriger Absicht wegnimmt. Der Vermiether ist aber weder Nutznießer, noch Pfandgläubiger, noch hat er an den Invecten und Illaten ein Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht. Der Verzicht des Schuldners, wenn als statthaft angenommen, kann kein Privileg begründen, weil dieses nur durch Gesetz begründet werden kann. Art. 2095 C. c. Er begründet höchstens die Statthaftigkeit einer sonst unstatthaften Zwangsvollstreckung. Eine Verfügung des Miethers über die unpfändbaren Sachen zu Gunsten anderer Gläubiger kann ihn aber sicher dem Vermiether gegenüber seiner Rechtswohlthat nicht verlustig machen. Die Möglichkeit, die in § 715 C. P. O. bezeichneten Gegenstände zum Faustpfande zu geben und dergl., ist gewiß vorhanden. Aber der scheinbare Widerspruch, daß dieselben Gegenstände vom Schuldner freiwillig als Befriedigungsmittel der Gläubiger benutzt werden können, während deren zwangsweise Benutzung zu diesem Zwecke untersagt ist, ist nur ein scheinbarer und vom Gesetze gewiß nicht übersehen. Der Grund, der gesetzgeberisch eine solche verschiedenartige Behandlung gestattete, ist unschwer zu erkennen. Eine freiwillige Verfügung über unpfändbare Sachen zu Gunsten anderer Gläubiger, sei es durch Faustpfandbestellung, datio in solutum oder sonstwie, setzt eine sofortige Entäußerung voraus. Diese Nothwendigkeit sofortiger Entäußerung bietet immerhin einen nicht zu unterschätzenden Schutz des Schuldners gegen leichtsinnige Fortgabe und dergl. Ueberdies war es unangängig, die in § 715 C. P. O. bezeichneten Gegenstände zu res extra commercium zu erklären. Das Gesetz konnte und mußte sich darauf beschränken, den Schuldner gegen den zwangsweisen Zugriff des Gläubigers

zu schützen. Ein Verzicht auf diesen Schutz liegt aber nicht in der freiwilligen sonstigen Verfügung über die unpfändbaren Gegenstände und konnte auch ein Privileg nicht schaffen.

Im Uebrigen unterscheidet das Gericht zwischen Bestimmungen des § 715, die dem öffentlichen Recht angehören, daher einem Verzicht des Schuldners auf die Rechtswohlthat nicht unterliegen, und solchen, bei denen, wie in dem zu entscheidenden Falle, ein solcher statthaft sei. Damit ist die fernere Ausführung, die Zulässigkeit der Pfändung sei auch von Amtswegen zu prüfen und die beanstandete Legitimation der Ehefrau K. komme nicht in Betracht, kaum vereinbar. Wenn bei § 715 Nr. 4 nur ein Privatrecht des gepfändeten Schuldners in Frage steht, so kann dasselbe nur von dem gepfändeten Schuldner, der allein sich auf die Rechtswohlthat des Nothbedarfs beziehen kann, geltend gemacht werden. Indessen kann von einer weiteren Erörterung der Gründe des Beschlusses abgesehen werden, da es hier vor Allem darauf ankam, den Zeugnissen aus der Praxis des rheinischen Rechts über die wesentlich gleiche Anwendung des § 715 auf das Verhältniß des Vermiethers zum Miether ein ferneres bedeutungsvolles Zeugniß anzureihen.

II.

Ist in Vorstehendem die gestellte Frage vornehmlich nach Lage der rheinpreußischen Gesetzgebung erörtert, so erübrigt ein kurzer Blick auf die anderen Gebiete des rheinisch-französischen Rechts, nämlich Baden, Rheinhessen, die Rheinpfalz und Elsaß-Lothringen. In diesen Gebieten haben die Einführungs-Gesetze zu den Justizgesetzen, abweichend von dem preußischen A. G. zur K. O., den Art. 2102 B. G. B. durch die §§ 40 und 41 der Concurs-Ordnung ersetzt. Baden § 21: Besondere Vorzugsrechte auf bestimmte Fahrnißstücke genießen die in den §§ 40 und 41 der K. O. aufgeführten Forderungen bezüglich der dabei bezeichneten Gegenstände. Fast wörtlich gleichlautend Bayerisches Ausführungs-Gesetz Art. 198, 199, Hessisches A. G. Art. 100, 102, ähnlich Elsaß-Lothringen § 20 (abgedruckt bei v. Wilmowski & Levy, Zusätze zur C. P. O., und Cretschmar II. S. 448). Aus diesen Bestimmungen ergibt sich für unsere Frage, daß die in Rheinpreußen bezüglich der Rechte des Vermiethers an Sachen des Miethers entstandene Streitfrage in den obigen Gebieten nicht entstehen kann. Denn es ist auch außerhalb des Concurses in diesen Gebieten nicht nur für das Verhältniß des Vermiethers zu anderen Gläubigern des Miethers, sondern auch für das Verhältniß zum Miether selbst das Concursrecht der §§ 40 und 41 ausschließlich maßgebend. Das Vorzugsrecht der K. O. ist aber lediglich aus dieser und dem sonstigen Reichsrecht zu bestimmen.



(Vgl. Sarwey Note 3 zu § 41 K. O. und Cretschmar II. S. 451, 456.) Hieraus ergibt sich, da nach § 1 Abs. 1 der K. O. das Concurs-Verfahren das gesammte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen und nur dieses umfaßt, die Ausschließung der in § 715 C. P. O. bezeichneten Gegenstände vom Concurs-Verfahren und damit vom Privileg des Vermiethers außerhalb des Concurses für die bezeichneten Gebietstheile. Jede Bezugnahme auf die Art. 592, 593 C. de proc. ist hier ausgeschlossen. (Vgl. Sarwey l. c. Note 12 ff.) Die Kompetenzstücke unterliegen dem Vorzugsrecht des Vermiethers und Verpächters auch nicht im Verhältniß zum Anpächter und Anmiether.

Für die gedachten Rechtsgebiete entsteht aber ein anderer Zweifel.

Nach Absatz 3 des § 1 der K. O. werden im Concursfalle die Nummern 5 und 8 des § 715 C. P. O. — kurz bezeichnet Pachtinventar und Apothekergeräthe — zur Concursmasse gezogen. Haben nun die erwähnten Einführungs-Gesetze das ganze Concursrecht als Privilegienrecht außerhalb des Concurses der Art einführen wollen, daß der Vermiether, wie er im Concurse sein Absonderungsrecht am Pachtinventar und den Apothekergeräthen ausüben kann, auch außerhalb des Concurses seine Befriedigung aus diesen Gegenständen zu suchen und dieselben zu pfänden berechtigt ist, oder ist die erwähnte Bestimmung Ausnahme für den Concurs?

Ueber diese Frage äußert sich Cretschmar II. S. 458, wie folgt: „An diesen Gegenständen können, eben weil sie zur Concursmasse gehören, Absonderungsrechte begründet sein, und können solche Rechte an ihnen bestehen, so können sie . . . auch den Sicherungsrechten der Vermiether und Verpächter außerhalb des Concurses unterworfen werden. Einer besonderen Schilderung der Rechtslage der genannten Gläubiger in Beziehung auf diese Sachen bedarf es indessen an dieser Stelle nicht, da sie dem Rechtsverhältniß derselben an den der Pfändung an sich entzogenen Sachen in den Rechtsgebieten der zweiten, im folgenden Abschnitt zu behandelnden Gruppe völlig gleichstehen.“ Unter dieser zweiten Gruppe befaßt Cretschmar diejenigen Rechte, in welchen eine Abänderung des bislang bestehenden Zustandes bei dem Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze durch besondere Gesetze nicht stattgefunden hat oder das bis dahin bestehende Recht wenigstens in dem hier allein interessirenden Verhältniß zwischen Vermiether und Miether nicht ausdrücklich geändert worden ist, wie dies in Rheinpreußen der Fall. Im ferneren Verfolg seiner Abhandlung kommt Verfasser auf die hier besonders in Frage stehenden Fahrnißstücke nicht weiter zurück; es muß aber, da er auch für Rheinpreußen die Geltung des § 715 C. P. O. zwischen Ver-

miether und Miether annimmt, der Schluß gezogen werden, daß er auch für Baden, Rheinhessen, die Pfalz und Elsaß-Lothringen das Pachtinventar und die Apothekergeräthe der Pfändung des Vermiethers entzogen erachtet, da diese Fahrnißstücke ja den in Rheinpreußen der Pfändung entzogenen Sachen nach seiner Auffassung gleichstehen.

Diese Ausführung erscheint in ihrer Begründung nicht zutreffend. Die Rechte der Gläubiger an den Fahrnißstücken Nr. 5 und 8 des § 715 C. P. O. stehen in den vier südrheinischen Bezirken keineswegs dem Rechtsverhältniß der Gläubiger in Rheinpreußen an den der Pfändung entzogenen Sachen gleich. In den ersteren ist das Landesrecht formell aufgehoben, durch neues aus dem Reichsconcursrecht entnommenes Landesrecht ersetzt. In Rheinpreußen handelt es sich dagegen um die Frage, inwieweit das bestehende Landesrecht durch das Reichsrecht aufgehoben worden ist. In den vier bezeichneten Rechtsgebieten ist die Frage, ob die Fahrnißstücke 5 und 8 dem Privileg außerhalb des Concurses unterliegen, zunächst eine Frage der Auslegung der betreffenden Ausführungsgesetze auf Grund des Reichsrechts. Wäre ferner der Satz richtig, daß diese Gegenstände, weil im Concurs Absonderungsrechte an ihnen begründet sein können, deshalb auch den Sicherungsrechten der Vermiether und Verpächter außerhalb des Concurses unterworfen werden können, so müßte die Frage mindestens für Baden, Rheinhessen und die Pfalz einerseits, Elsaß-Lothringen anderseits verschieden beantwortet werden.

In den Ausführungsgesetzen für Baden, Rheinhessen und die Pfalz weist der Wortlaut bestimmt darauf hin, daß die Ausnahmebestimmung des Absatzes 3 des § 1 K. O. außerhalb des Concursverfahrens nicht eingeführt werden sollte. Nachdem die genannten Gesetze zunächst den Art. 2102 C. c. formell aufgehoben, bestimmen sie fast wörtlich gleichlautend, „daß ein Vorzugsrecht an bestimmten beweglichen Sachen die in den §§ 40 und 41 der K. O. aufgeführten Forderungen bezüglich der *dabei bezeichneten Gegenstände* — in Ansehung der bei einer *jeden derselben* angegebenen Gegenstände haben.“ Es werden also die beiden erwähnten Paragraphen ganz enge und restrictiv in Bezug genommen. Anders aber lautet der § 20 des E. G. für Elsaß-Lothringen. „Ein Vorzugsrecht an bestimmten beweglichen Sachen im Sinne C. c. steht den in den §§ 40 und 41 der K. O. bezeichneten Gläubigern für die Forderungen und an den Gegenständen zu, auf welche sich *im Falle des Concurses ihr Absonderungsrecht* erstreckt.“ Unverkennbar ist hier der Gedanke ausgesprochen, daß das Vorzugsrecht außerhalb des Concurses sich genau mit dem Absonderungsrecht im Concurse

decken soll, und es würde sich hieraus, mindestens für Elsaß-Lothringen, der Schluß ergeben, daß der Vermiether einer Apotheke und der Verpächter eines Gutes auch außerhalb des Concurses die Apothekergeräthe und das Pachtinventar zur Deckung der Miethe und Pacht in Angriff nehmen könne. Man würde sogar, wie nicht zu verkennen ist, trotz der abweichenden Gesetzesfassung, für Baden, Rheinhessen und die Pfalz sehr leicht zu der gleichen Annahme um deswillen gelangen können, weil die Bezugnahme auf §§ 40 und 41 der K. O. und die „dort verzeichneten Gegenstände" eine Heranziehung des § 1 l. c. in seinem ganzen Umfange, wenn nicht gebietet, so doch jedenfalls sehr nahe legt.

Es erscheint aber aus anderen Gründen geboten, die Frage nach der Verhaftung des Pachtinventars und der Apothekergeräthe für das Miethprivilegium außerhalb des Concurses auch für die vier in Rede stehenden Rechtsgebiete zu verneinen.

Der Gedanke, welcher der Ausnahmebestimmung in Abs. 3 § 1 der K. O. gegenüber der Regel des § 715 C. P. O. zu Grunde liegt, ist offenbar der, daß das Gutsinventar und die Apothekenausrüstung, soweit es sich um laufende Schulden handelt, und solange eine Fortführung des Betriebes möglich ist, nicht gepfändet werden sollen, weil die Fortführung des Betriebes selbst die Hoffnung der Schuldentilgung offen hält, daß aber, wenn die allgemeine Vermögenszerrüttung eingetreten und durch Concurs-Erklärung festgestellt ist, kein Grund vorliegt, die gedachten Gegenstände zur Befriedigung der Gläubiger nicht heranzuziehen und Absonderungsrechte an denselben zu verweigern. Der in Concurs gerathene Pächter oder Apotheker würde, selbst wenn er die Ausrüstung behielte, selbst kaum wieder eine neue Pacht oder Apotheke finden, also keinen Nutzen aus der ihm gewährten Vergünstigung ziehen, während die Freilassung dieser durchweg werthvollen Gegenstände aus der Concursmasse eine schwere Benachtheiligung der Gläubiger darstellen würde. Beide Gesichtspunkte lassen die Ausnahmebestimmung der K. O. als wohl gerechtfertigt erscheinen.

Es ist nun von vornherein kaum anzunehmen, daß die Ausführungsgesetze der vier mehrgedachten Rechtsgebiete sich mit diesem klar erkennbaren Gesichtspunkte der Reichsgesetzgebung hätten in Widerspruch setzen wollen. Dieser Widerspruch wäre unzweifelhaft vorliegend. Während nach § 715 C. P. O. vor eingetretenem Concurs für jedwede Art von Forderung der Zugriff auf das Pachtinventar und die Apothekenausrüstung ausgeschlossen erscheint, wäre sie hier landesgesetzlich für Pacht- und Miethforderungen gestattet. Die bezogenen Ausführungsgesetze selbst aber geben zu der Annahme, diese Ausnahme sei beabsichtigt worden, den wenigsten Anhalt. Denn die Aufhebung des Art. 2102 C. c. und

die Ersetzung desselben durch reichsgesetzliche Normen weisen an dieser Stelle, wie an einer Reihe anderer in den Ausführungsgesetzen, bestimmt darauf hin, daß die Gesetzgebung der gedachten Einzelstaaten durchaus bestrebt gewesen ist, Einheit zwischen Reichs- und Landesgesetzen, nicht Gegensätze zu schaffen. Man wird daher wohl kaum fehlgreifen, wenn man annimmt, daß die in § 3 Abs. 1 der K. O. vorgesehene Ausnahme bei Erlaß der in Rede stehenden Ausführungs-Gesetze nicht beachtet oder übersehen worden ist.

Wollte man gleichwohl einer gegentheiligen Auffassung Raum geben, so würde das Landesrecht dem Reichsrecht gegenüber keine Bedeutung haben. Denn in den vier bezeichneten Territorien liegt die Sache insofern anders, als in Rheinpreußen, als hier nicht das Landesrecht bestehen geblieben ist, insofern es durch Reichsrecht keine Abänderung erfahren hat. Das Landesrecht ist formell aufgehoben; es ist neues Landesrecht eingeführt; sofern dieses neue Landesrecht zu seiner Verwirklichung der Pfändung, eines prozessualen Rechtsbehelfes, bedarf, gilt lediglich Reichsrecht, und dieses schließt außerhalb des Concurses die Pfändung der Pächter- und Apotheker-Inventarien auch für Miethe aus. Es ist daher die Annahme durchaus berechtigt, daß die in Rede stehenden vier Ausführungsgesetze einen Gegensatz zum Reichsrecht weder schaffen konnten, noch wollten, und es bedarf auch hier nicht etwa der oben erwähnten Unterscheidung, das Privileg ergreife zwar auch diese Gegenstände, eine Verwirklichung desselben könne aber nicht stattfinden.

Daß sich die Frage für Rheinpreußen in gleichem Sinne löst, leuchtet ein. Das Privileg ergreift die in § 715 bezeichneten Sachen nicht; diese haben die Art. 592, 593 Code de proc. ersetzt. Eine Bezugnahme auf § 1 der K. O. ist hier ausgeschlossen.

Zum Schlusse sei es gestattet, ein kurzes Wort über die Frage anzufügen, ob dem Verpächter und Vermiether nach rheinischem Recht ein Zurückbehaltungsrecht an den Sachen des Miethers zusteht.

Die Frage wird von Cretschmar mit Recht und aus Gründen, denen Referent sich durchaus anschließen kann, verneint. Das Zurückbehaltungsrecht ist im Systeme des französischen Rechts eine ausnahmsweise Befugniß, die ohne besonderen Gesetzestext nicht angenommen werden kann. Ein solcher ist nicht vorhanden. (Vgl. Cretschmar II. S. 480 und die dortigen Noten, Scherer S. 201, 202, 211.) Wenn letzterer (S. 201) darauf hinweist, daß nach § 41 K. O. der Vermiether einem Faustpfandgläubiger gleichsteht und der Art. 2082 C. c. dem letzteren ein Rückbehaltungsrecht ausdrücklich einräumt, und daraus dem Vermiether — anscheinend allerdings nur den Concurs — das gedachte Recht

herleitet, so ist diese Ausführung offensichtlich irrig. Der § 41 der K. O. stellt den Vermiether dem Faustpfandgläubiger nur im Sinne und Rahmen der K. O. gleich, indem er ihm das gleiche Absonderungsrecht gewährt. Es ist aber eine unzulässige Vermischung von Reichs- und Landesrecht, diese Bestimmung weiter, sei es im Concurse, sei es außerhalb desselben, auf ein Zurückbehaltungsrecht des Vermiethers auszudehnen. Die K. O. hat einen solchen Eingriff in das bürgerliche Recht weder beabsichtigt, noch ausgesprochen.

Die zu Eingang gestellte Frage:

> Finden die Beschränkungen der Civilprozeß-Ordnung für die Zwangsvollstreckung (§ 715) nach rheinischem Recht Anwendung auf das Recht des Vermiethers an Sachen des Miethers?

ist nach dem Ausgeführten für das ganze rheinische Rechtsgebiet in bejahendem Sinne zu beantworten.

Wie gestaltet sich das heutige Verfahren im Bezirk des Oberlandesgerichts zu Köln

I. für den Fall, daß ein Standesbeamter zur Leistung einer geweigerten Amtshandlung veranlaßt werden soll,

II. bei **Rektifikation** der Standesregister?

I.

Der § 11 des Gesetzes vom 6. Februar 1875 lautet im zweiten Absatze wörtlich, wie folgt:

„Lehnt der Standesbeamte die Vornahme einer Amtshandlung ab, so kann er dazu auf Antrag der Betheiligten durch das Gericht angewiesen werden. Zuständig ist das Gericht erster Instanz, in dessen Bezirk der Standesbeamte seinen Amtssitz hat. Das Verfahren und die Beschwerdeführung regelt sich, insoweit die Landesgesetze nicht ein Anderes bestimmen, nach den Vorschriften, welche in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit gelten."

Es fragt sich zunächst, ob eine solche andere Bestimmung des Verfahrens in dem Rechtsgebiete des rheinischen Appellationsgerichtshofes bestanden hat.

Ausdrücklich ist dieselbe nicht ausgesprochen, weder vor, noch nach Emanation des obengedachten Gesetzes; das dürfte zweifellos

sein, indeß scheint solches auch der Eingangs erwähnte Gesetzesparagraph nicht zu verlangen. Seine Tendenz geht vielmehr dahin, in Betreff des formellen Verfahrens bei Amtsweigerung den Landesregierungen freie Hand zu lassen, und ist es gleichgültig, ob jenes von denselben durch ausdrückliche Bestimmung geordnet oder aber aus dem Geiste ihrer Gesetze und der Analogie abzuleiten ist.

Im französischen Recht hat sich in letzterer Weise die Rechtsanschauung und Rechtsübung dahin entwickelt, daß der Standesbeamte durch eine Civilklage zur Erfüllung der geweigerten Amtspflicht zu zwingen sei.

Wie vorauszusehen, ergab sich nämlich sehr bald nach dem Uebergang der Personenstandsregister auf die Municipalitäten nicht selten Anlaß, über eine Amtsweigerung des Standesbeamten Beschwerde zu führen, insbesondere bei Heirathsanmeldungen. Denn gerade bei diesen konnte eine Entscheidung der schwierigsten Fragen des internationalen Rechts u. s. w. nöthig werden, und es lag sehr nahe, daß der nicht juristisch gebildete Civilstandsbeamte sich zunächst auf den relativ sichersten Standpunkt der Passivität zurückzog, den andererseits die Nupturienten entschieden nicht theilten. Es mußte deshalb alsbald die Frage praktisch werden, auf welche Weise der gedachte Beamte zu der geweigerten Amtsthätigkeit zu veranlassen sei.

Bekanntlich war jener den gerichtlichen Beamten zugezählt und seine Aufsichtsbehörde (von der Konkurrenz der Verwaltung, die hier gewiß nicht in Frage kam, abgesehen) das öffentliche Ministerium. Es lag nun scheinbar nichts näher, als anzunehmen, daß letzteres auf gegründet befundene Beschwerde dem nachgeordneten Beamten einfach aufzugeben haben werde, die geweigerte Amtshandlung zu vollziehen, und eventuell in der Lage sei, dieser Anordnung durch Exekutivstrafen Achtung zu verschaffen. So würde z. B. in Altpreußen das Verfahren verlaufen sein, und es mag zuzugeben sein, daß jenes praktische Vorzüge hat; es ist indeß nicht das des französischen Rechts, welchem letzteren eine derartige Beschwerdeführung, sowie Lösung rechtlicher Zweifel durch Belehrung und Verfügung einer höheren Justizbehörde, wie endlich Erzwingung der von letzterer ergangenen Anweisung durch Exekutivstrafen fremd ist. Gewiß legte man besonderen Werth darauf und sah *) es

*) So sagte Hutteau d'Origny de l'état civil tit II. ch. I § 2 Nro. 9: S'il s'élève des doutes fondés et des questions, qu'il craigne de résoudre, il (l'officier de l'état) peut consulter le procureur du roi. Quoique ce magistrat ne puisse pas rendre de décisions obligatoires pour l'officier de l'état civil, qui demeure toujours responsable, celui-ci ne peut néanmoins qu'en recevoir



als ein sehr schätzenswerthes Hülfsmittel an, daß der Standesbeamte bei dem Oberprokurator, ja sogar dem Justizminister sich Belehrung erbitten könne, aber ihm Anweisung zu ertheilen und ihn (etwa wie bei Beschwerden im altpreußischen Hypothekenverfahren) von eigener Verantwortung zu befreien, vermochte keine vorgesetzte Behörde.

In dieser Beziehung konnte ihn nur eins freistellen, nämlich ein rechtskräftiges gerichtliches Erkenntniß. Und so führte ohne besondere gesetzliche Bestimmung die Sachlage mit Nothwendigkeit auf den allein möglichen Weg, durch Klage im Prozeßverfahren dem Standesbeamten eine bindende und entlastende Anweisung zu verschaffen. Kam der verurtheilte Beamte auch dieser nicht nach, dann gab es zwar keine Exekutivstrafen wider ihn, aber es war solchen Falles leicht, ihn abzuberufen oder im Wege der Disciplinirung zu entfernen.

Dieses Prinzip, die Weigerung eines Beamten, die geforderte Amtshandlung zu erfüllen, durch civilgerichtliches Erkenntniß brechen zu lassen, tritt übrigens im französischen Recht in mehreren ähnlichen Fällen in gleicher Weise zu Tage.

So wurde der Hypothekenbewahrer, wenn er eine Inscription, Löschung u. s. w. aus rechtlichen Gründen weigerte, nicht im Wege der Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde (Enregistrements- beziehungsweise Steuer-Verwaltung), sondern in der Form des bürgerlichen Rechtsstreits von dem Petenten belangt. Ebenso wurde der Notar, welcher die Ausfertigung einer Urkunde an einen zum Verlangen derselben berechtigt Erachteten nicht ausantworten wollte, nicht von dem ihm übrigens vorgesetzten Justizverwaltungsbeamten (Oberprokurator) durch Verfügung angewiesen, sondern im Wege des gerichtlichen Verfahrens bei Körperhaft zur Uebung des Amtes gezwungen, Art. 839 ff. Code de procédure. Diese Prozedurform ist auch keineswegs eine Sonderbarkeit des französischen Rechts. Der ihr zu Grunde liegende Gedanke kommt vielmehr, wenngleich mit anderer Begründung, unter den verschiedensten Gesetzgebungen in einer der vorstehenden Auffassung frappant

des avis sages et des directions utiles. — — Jl pourrait même s'adresser au garde des sceaux, dans les attributions duquel rentre l'état civil sous le rapport de l'administration de la justice.

Vergl. auch § 2 Nr. 1 Abs. 3. l. cit.: L'indépendance, qui lui (à l'officier de l'état) est assurée dans l'exercice de ses fonctions telles qu'elles lui sont tracées par la loi et sauf sa responsabilité envers elle, ne laisse au ministère public, comme à l'administration, le droit d'y intervenir, que par voie de conseil.

ähnlichen Anschauung zum Ausdruck. So wird bezeugt*) und aus dem Prinzipe der in England ausgebildeten Selbstverwaltung erklärt, daß dort der Grundsatz herrsche: Der öffentliche Beamte steht überhaupt nicht unter Aufsicht, sondern unter dem Gesetze und, damit gemäß diesem die Selbstverwaltung geübt werde, hat sich jener vor dem Gerichte darüber zu verantworten, warum er eine von ihm geforderte, vom Gesetze ihm auferlegte Amtsthätigkeit weigere, und die gerichtliche Entscheidung legt ihm eventuell Strafe und damit den Zwang auf, die verlangte Amtshandlung zu erfüllen.

Eine ähnliche Erscheinung kehrt in dem Mecklenburgischen gemeinen Civilprozesse wieder, welche Laband**) durch die feudalen (patrimonialen) Elemente, die sich in der Verfassung dieses Staates erhalten haben, für begründet erachtet. Dort hatte nämlich vor Emanation der Deutschen Civilprozeßordnung der Regierungsfiskal das Recht, wider Obrigkeiten von Ritter- und Landschaft, wenn dieselben eine durch Gesetz ihnen auferlegte Amtspflicht versäumten, zur Erfüllung der letzteren vor der Justizkanzlei eine im Verfahren des Civilprozesses verlaufende und mit einem Erkenntnisse abschließende Klage zu erheben.***) Die Anwendung des vorgedachten Rechtsbehelfs auch auf den seine Amtsthätigkeit weigernden rheinischen Standesbeamten wird von den Schriftstellern über diese Materie mit seltener Einmüthigkeit aller Seits bekundet.

Ich gestatte mir, folgende Autoren hervorzuheben:

1) In Dalloz répertoire sur le mot „compétence administrative“ wird unter Nr. 139 nachstehende gebilligte Entscheidung mitgetheilt:

Dans l'espèce le tribunal de Gand fondait son incompétence sur le motif, qu'un maire ne pouvait sans autorisation être traduit devant les tribunaux. Napoléon — — Considérant, que les tribunaux sont seuls compétents pour connaître des empêchements aux mariages et par conséquent des plaintes, auxquelles peuvent donner lieu les refus de l'officier de l'état civil de procéder à leur célébration: Article 1. L'arrêté précité du préfet de l'Escaut est annulé. Article 2. Le jugement du tribunal de première instance est regardé comme non avenu. Décr. cons. d'état, du 16 août 1808.

---

*) Vergl. Rede des Professors Tellkampf in der 13. Sitzung des Herrenhauses vom 19. Februar 1874 (Stenographische Berichte Seite 175).

**) Laband, das Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd. I. S. 450.

***) Ueber das Nähere ist zu vergleichen Dr. Trotsche, der Mecklenburgische Civilprozeß Bd. II. S. 225, auch S. 178.



2) Hutteau d'Origny l. c. art. II chap. II Nr. 13:

„Nous avons dit d'ailleurs, qu'aux tribunaux seuls appartient le droit de statuer sur les questions d'état civil. — — Si donc l'officier de l'état civil ne se trouve pas suffisamment satisfait des explications du procureur du roi, surtout si ce dernier considère la question comme méritant d'être soumise aux tribunaux, il refusera de recevoir l'acte, pour lequel il serait requis, et attendra, qu'il soit assigné. Le plus souvent, vu l'urgence, l'assignation est donné en référé, c'est-à-dire devant le président du tribunal de l'arrondissement, lequel rend son ordonnance ou renvoie les parties à l'audience. Si le jugement ou l'ordonnance sur référé paraissait évidemment mal fondé à l'officier de l'état civil, il serait encore de son devoir d'en interjeter appel. Jl n'y aurait lieu à le condamner aux dépens, qu'autant que son refus primitif ou son appel serait dénué de tous motifs plausibles." Vergl. auch tit. III chap. IV Nr. 10.

3) Zachariae, Handbuch des französischen Civilrechts, 7. Aufl. Bd. 1 § 57 sagt wörtlich:

„Als Beamter des Civilstandes ist der Maire nicht ein Verwaltungsbeamter, sondern ein Beamter der gerichtlichen Polizei. Er kann daher in dieser Eigenschaft vor Gericht belangt werden (z. B. wenn er sich weigert, ein Paar aufzubieten oder zu trauen), ohne daß der Kläger zuvor (was er, wenn er einen Regierungs- oder Verwaltungsbeamten als solchen belangen wollte, zu thun haben würde) die Ermächtigung der Regierung zur Anstellung der Klage auszuwirken hätte."

Auch in der Theorie der rhein-preußischen Rechtsentwickelung ist diese Ansicht die gleiche geblieben; so heißt es

4) bei Philippi, die Civilstandsgesetze, III. Aufl. S. 37:

„Weigert sich der Civilstandsbeamte, die Ehe abzuschließen, so ist es nicht Sache des öffentlichen Ministeriums, sondern der Betheiligten, den Beamten vor Gericht zu stellen. Rescript des Gen. Prokur. vom 20. März 1846." (Im Register verweist das Stichwort Partei-Klagen gegen Standesbeamte auf diese Bemerkung.) Gleicher Ansicht ist ferner

5) Oppenhoff, Ressortverhältnisse S. 21 Nr. 44, wo es heißt:

„Ueberhaupt ist das oben (über die Ausschließung des Rechtsweges) Gesagte in solcher Allgemeinheit nur auf das Verhältniß zwischen dem Beamten und dem Staate zu beziehen, demselben mithin nicht etwa die Ausdehnung zu geben, als ob dritte Personen unter keinerlei Umständen befugt seien, gegen einen Beamten auf Vornahme einer bestimmten Amtshandlung bei Gericht zu klagen. Vielmehr ist hier als Regel das Gegentheil anzunehmen, so oft die Begründung, beziehentlich Feststellung gewisser Privatrechte durch die bestehenden Gesetze von einer Amtshandlung abhängig

gemacht ist und die Erörterung über die Verbindlichkeit zur Vornahme derselben nicht auf das Gebiet des öffentlichen Rechts hinüberführt. Betreffs der rheinischen Hypothekenbewahrer steht dies sogar unmittelbar durch das Gesetz fest (vergl. A. Cabinets-Ordre vom 6. Oktober 1837). Ebensowenig unterliegt es einem Zweifel, daß ein rheinischer Civilstandsbeamter, welcher die Abschließung einer Ehe (oder die Ertheilung eines Auszuges aus den öffentlichen Registern) aus diesem oder jenem Grunde verweigert, vor Gericht belangt werden könne, damit über die erhobenen Anstände erkannt werde."

Endlich

6) bestätigt das die Uebung des rheinpreußischen Rechts sehr gut darstellende Werkchen: Der Rhein-Preußische Hausadvokat, 9. Aufl. S. 9, diese Praxis dahin:

„Lehnt der Standesbeamte eine von ihm begehrte Amtshandlung ab, weil er dieselbe nicht für gesetzmäßig hält, so können die Betheiligten die Prüfung der Frage dem Gerichte mit dem Antrage unterbreiten, den Standesbeamten zur Vornahme der Amtshandlung anzuweisen. Die desfallsige Klage ist bei dem Landgerichte, in dessen Bezirk der Standesbeamte seinen Amtssitz hat, zu erheben."

Was endlich die Spruchpraxis angeht, so wird dieselbe in der 13. Sitzung des Herrenhauses vom 19. Februar 1874*) von dem damaligen General-Staats-Anwalt Wever richtig dahin dargelegt, wie vielfach die Fälle vorgekommen, daß Standesbeamte zur Leistung einer Amtspflicht von den rheinischen Gerichten auf eingelegte Civilklage des Betroffenen verurtheilt worden; so insbesondere, als sie auf Grund des seitens des Justizministers ihnen auferlegten Verbotes, an Refraktäre, die behufs Verheirathung im Auslande um Geburtsatteste baten, solche zu verabfolgen, jene Gesuche zu erfüllen weigerten.

Später sind die Fälle in der Praxis selten wiedergekehrt; vereinzelt hat man versehentlich die Art. 855 ff. Code de procédure analog angewendet, in neuerer Zeit schlägt man wiederum den Weg der Civilklage ein.

Steht hiernach außer Zweifel, daß in dem vorwürfigen Falle die civilgerichtliche Klage gemäß den rheinpreußischen Prozeßgesetzen gegeben ist, so ist zweitens noch zu entscheiden, welchen Einfluß die Emanation der Deutschen Civilprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes auf das landesrechtliche Verfahren geäußert haben. Es erhebt sich nämlich der Zweifel, ob der verfolgte Anspruch zu den „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten," deren Verfahren das Deutsche Reichsprozeßgesetz (vergl. § 3 des Einführungsgesetzes

---

*) Stenographische Berichte Seite 185.

zur Civilprozeßordnung) regelt, zu zählen und somit nach diesen Bestimmungen zu prozediren ist. Gegen diese Annahme läßt sich nicht ohne Fug geltend machen, daß es sich in casu nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht um einen Rechtsstreit, sondern um die Ausführung eines Aktes der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, daß es sich ferner auch nicht um eine Frage des bürgerlichen, sondern des öffentlichen Rechtes handelt.

Einmal nämlich bildet die Thätigkeit des Standesbeamten, bestehend in Prüfung und Beurkundung von Heiraths-, Geburts- und Sterbefällen, einen Theil der freiwilligen Gerichtsbarkeit, und wer von ihm eine Amtshandlung verlangt, beansprucht einen Akt der juridiction gracieuse; es eröffnen dann also die Rechtsbehelfe, welche wider den weigerlichen Beamten ergriffen werden mögen, bei doktrinärer Beantwortung dieser Frage niemals einen bürgerlichen Rechtsstreit. So hat auch dasjenige Land des französischen Rechts, welches, von dem § 11 Abs. 3 des Personenstandsgesetzes Gebrauch machend, ein Verfahren für die Anweisung eines weigerlichen Standesbeamten geordnet hat, sich dieses in den Formen der freiwilligen Gerichtsbarkeit konstruirt.

In dem Ausführungsgesetze nämlich, welches seitens der Großherzoglich Hessischen Regierung zur Ausführung des Gesetzes vom 6. Februar 1875 unter dem 3. Dezember 1875 erlassen worden ist, wird für das Gebiet der Provinz Rheinhessen, wo das französische Recht gilt, folgendes Verfahren angeordnet:

„Der Antrag auf Anweisung eines Standesbeamten zur Vornahme einer abgelehnten Amtshandlung ist zu Protokoll oder durch Bittschrift eines Anwaltes bei dem Bezirksgerichte einzureichen und wird von dem Präsidenten einem Berichterstatter zugeschrieben, auf dessen Vortrag nach Vernehmung des schriftlichen Antrages der Staatsanwaltschaft in nicht öffentlicher Sitzung eine mit Gründen versehene Entscheidung gefällt wird, gegen welche Berufung und weiter Kassationsrekurs zulässig ist. Ergeben sich streitige Verhältnisse, so hat das Gericht den Antragsteller auf den Prozeßweg zu verweisen.“ (Art. 6 Abs. 3.) Diese landesgesetzliche Prozedur ist durch das Gesetz vom 5. Juni 1879, betreffend das Verfahren in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, zwar ausdrücklich (Art. 13 l. c.) außer Funktion gesetzt und von da ab die Entscheidung eines derartigen Streites den Amtsgerichten überwiesen (Absatz II. Art. 10 ff.); aber auch in dieser neuern Gesetzgebung wird stets betont, daß es sich um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit handle. So heißt es z. B. in dem Großh. Hessischen Ausführungsgesetze zu dem Gerichtsverfassungsgesetze vom 3. September 1878 Art. 13: „In der Provinz Rheinhessen sind die Amtsgerichte bezüglich der zur ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit nicht gehörigen Angelegenheiten ins-

besondere zuständig: — — 3) für das Verfahren wegen Anweisung eines Standesbeamten zur Vornahme einer Amtshandlung, sowie für das Verfahren behufs Berichtigung eines Eintrags in die Standesregister," und besagen die Motive zu Art. 10 bis 13 des demnächstigen Gesetzes vom 5. Juni 1879, betreffend das Verfahren in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, wörtlich: „Nachdem — — eine neue Ordnung des Verfahrens in nicht streitigen Sachen geboten erscheint und durch Art. 13 Nr. 3 (vorstehend) die hier fraglichen Angelegenheiten auch für die Provinz Rheinhessen den Amtsgerichten übertragen worden sind, war das Verfahren auf Grundlage der Art. 1—9 des Entwurfs für den Umfang des Großherzogthums neu und einheitlich zu regeln". Art. 1—9 enthalten die allgemeinen Vorschriften über das Verfahren in der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, und bestimmen dann die Art. 10 und 11 weiter: „Das Verfahren wegen Anweisung eines Standesbeamten zur Vornahme einer abgelehnten Amtshandlung richtet sich nach den Vorschriften der Art. 1—9. — — Ergeben sich streitige Verhältnisse, so hat das Amtsgericht die Betheiligten auf den Prozeßweg zu verweisen."

Ebenso ist es in der Wissenschaft nicht bezweifelt, daß es sich vorliegenden Falles um ein Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt (unter Anderem näher zu vergleichen: Fitting, Reichscivilprozeß S. 7, Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts Bd. I. S. 59).

Damit wird nun zunächst die Frage streitig, ob für eine materiell der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehörige, aber in dem früheren Recht formell in der Prozedur des Civilprozesses behandelte Rechtsstreitigkeit das bisherige Verfahren bestehen zu bleiben habe, oder aber an dessen Stelle die Form des Deutschen Civilprozesses trete. Und zu dieser Frage gesellt sich nach Lage der Sache sofort die zweite, wie alsdann die obengedachte Alternation zu beantworten sein würde, wenn ein dem öffentlichen Rechte angehöriger Streit nach der früheren Landesgesetzgebung in den Formen des Civilprozesses zu entscheiden war.

Es kann nämlich nach allgemein gültiger Doktrin, welche auch das französische Recht anerkennt, einem Zweifel kaum unterliegen, daß der Beamte nicht auf Grund eines privatrechtlichen Titels die Leistung seiner Amtsthätigkeit dem Dritten schuldet, daß er mit diesem überhaupt in keinem civilrechtlichen Verhältniß steht, sondern die eventuelle Amtspflicht, rein publicistischer Natur, aus den Grundsätzen des Verwaltungs- und Verfassungsrechtes herzuleiten ist. Aus dieser Erwägung würde dann weiter folgen, daß das Verlangen, der Beamte solle eine Amtshandlung ausführen, nicht einen im bürgerlichen Rechtsstreit verfolgbaren Anspruch bilde, sowenig in dem Verfahren wider den Standesbeamten, wie

in der oben erwähnten Prozedur wider Hypothekenbewahrer und Notare.

Wenn in diesen beiden einzelnen Fällen das frühere Prozeßrecht, beziehentlich die frühere Praxis trotzdem eine Civilklage gegen amtsweigernde Beamte ausnahmsweise zuließ, so hat man damit den Rechtsgrund der Klage nicht ändern wollen und können, derselbe blieb in öffentlichen Rechtsgebieten liegen, vielmehr hat man hauptsächlich wohl aus dem Grunde, weil man ein Beschwerdeverfahren nicht ausgebildet hatte oder nicht einrichten wollte, die Entscheidung jener Fälle künstlich auf den Civilprozeß geleitet.

Nachdem die neue Civilprozeßordnung nun ihren Geltungsbereich scharf auf „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“ beschränkt hat, entsteht die Frage: wie verhält sie sich gegenüber diesen Klagen, deren causa zwar öffentlich rechtlicher Natur, welche aber landesrechtlich der Entscheidung im Wege des bürgerlichen Rechtsstreites zugewiesen waren?

M. E. sind beide Zweifel dahin zu lösen, daß das Verfahren den Bestimmungen des Reichsgesetzes folgt, und zwar aus folgendem Grunde: Die Deutschen Reichsprozeßgesetze haben den Begriff des bürgerlichen Rechtsstreites nicht definirt, vielmehr heißt es in den Motiven zu § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes ausdrücklich, wie folgt:

„Der Begriff des bürgerlichen Rechtsstreites leidet keine oder doch nur eine durchaus ungenügende Definition. Ihn gemeinsam für alle Deutschen Staaten zu präzisiren, war um so weniger ausführbar, als nach einigen Rechten auch Justizpolizeisachen, beziehentlich Akte der gemischten freiwilligen Gerichtsbarkeit, namentlich Vormundschaftssachen, in den Formen eines Prozesses verhandelt werden. Der Entwurf konnte aber den Begriff der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ als einen gegebenen voraussetzen, weil er unerachtet seiner Verschiedenheit in den verschiedenen Gebieten des Deutschen Reichs überall gesetzlich, sei es im geschriebenen, sei es im ungeschriebenen Recht, definirt ist. Für die Bestimmung einer Sache als „bürgerliche Rechtsstreitigkeit“ sind sonach in erster Linie die Reichsgesetze, in weiterer Linie aber das Landesrecht des einzelnen Staates maßgebend.“

In den Debatten der Justizkommission wird sodann *) eingehend und jedenfalls unter Zustimmung des für die Civilprozeßordnung bestellten Regierungsvertreters v. Amberg seitens der redenden Abgeordneten gleichmäßig und wiederholt betont, daß die doktrinäre Qualifizirung eines Anspruches als eines öffentlich rechtlichen ihn nach § 13 l. c. dem Gerichte nicht entziehen solle,

*) Siehe darüber des Näheren Wach's Handbuch des Deutschen Civilprozesses Bd. I. Seite 80 ff.

wenn das Landesrecht ihn demselben zugewiesen habe. Aus dieser Entstehungsgeschichte ergibt sich überzeugend, daß man die Landesgesetze (sofern nicht ein Reichsgesetz ausdrückliche Bestimmung enthielt) in Kraft belassen wollte, soweit sie bestimmten, was Gegenstand des Civilprozesses, will sagen bürgerlichen Rechtsstreites sei. Es erklärt sich diese Beschränkung auch hinreichend daraus, daß eben diese Frage, vielfach staatsrechtlicher Natur, deshalb nicht direkt in dem Rahmen des Civilprozeßrechts zu beantworten war, und spricht insbesondere für die diesseitige Ansicht der Umstand, daß bei entgegengesetzter Auffassung sich alle partikularen Prozeßformen perpetuiren würden.

Wenn also die Landesgesetzgebung eine Angelegenheit der jurisdictio voluntaria dem Prozeßwege zuweist, so hat das Prozeßrecht sie als Rechtsstreit zu behandeln und zwar in seinen neuen Formen.

Ein Gleiches gilt von der Eventualität, daß das Landesrecht die Grenzen zwischen dem öffentlichen und Privatrecht anders normirt hätte, oder auch von demselben unter Anerkennung des materiell publizistischen Charakters eines Rechtsstreites dieser zur Entscheidung im ordentlichen Verfahren den Civilprozeßgerichten überlassen wäre. Alsdann hätte die berechtigte Stelle erklärt, daß dieser Streit als ein civilprozessualer, als ein bürgerlicher Rechtsstreit, angesehen werden solle, und damit kämen die reichsgesetzlichen Formen desselben in casu zur Anwendung.

Hiernach hat also derjenige, welcher unter Herrschaft des französischen Rechts eine Amtshandlung des dieselbe weigernden Standesbeamten erzwingen will, den letzteren im Wege des Deutschen Civilprozesses zu belangen, und ist im Falle der Verurtheilung wider den Beklagten im Wege der executio ad faciendum vorzugehen, beziehentlich der Aufsichtsbehörde zu überlassen, ob sie nicht nunmehr, da der Widerstand eines rechtskräftig Verurtheilten ein frivoler wird, durch Ordnungsstrafen die Renitenz brechen will.

Einen Beweis für die Richtigkeit dieser Auffassung dürfte auch in dem Mecklenburgischen Ausführungsgesetze zum Gerichtsverfassungsgesetze vom 27. Januar 1877 zu finden sein. Wie bereits erwähnt, bestand in Mecklenburg vor Emanation der Reichsgesetze das Verfahren, durch eine Civilklage vor der territorial zuständigen Justizkanzlei eine Obrigkeit, welche die Erfüllung der Amtspflichten weigerte, zu dieser durch Strafe wegen der Weigerung verurtheilen zu lassen. In dem Entwurfe der Civilprozeßordnung suchte man dieses Verfahren ausdrücklich aufrecht zu halten und fügte deshalb dem § 12 des Einführungsgesetzes unter Nr. 5 zu:

„Unberührt bleiben die Vorschriften des Mecklenburgischen Rechts über das Verfahren bei Klagen des Fiskals gegen Obrigkeiten auf Erfüllung ihrer obrigkeitlichen Pflichten und auf Strafe wegen Zuwiderhandlungen gegen diese Verpflichtungen."

Man ging also augenscheinlich von der Ansicht aus, daß dieses Verfahren, weil das Landesrecht die Klage vor die Justizkanzleien zur Aburtheilung im Wege des Civilprozesses trotz ihrer nicht privatrechtlichen, sondern öffentlich rechtlichen causa verwiesen hatte, nach Erlaß der Reichscivilprozeßordnung in Fortfall kommen und nur als bürgerlicher Rechtsstreit des Landesrechts in dem Geleise des neuen Prozesses sich zu bewegen haben werde.

Das erschien als Uebelstand und deshalb wünschenswerth, die alten Formen zu konserviren.

In der Commission erhob sich Widerspruch, man lehnte aus praktischen Gründen, die hier im Detail nicht näher interessiren, das Alinea ab, ohne sich über die Richtigkeit der Ansicht der Regierung schlüssig zu machen*), und so entfiel dasselbe im Gesetze.

Im § 30 der Mecklenburgischen Verordnung zur Ausführung der Civilprozeßordnung vom 21. Mai 1879 wurde hierauf landesrechtlich wörtlich bestimmt: „Fiskalische Klagen gegen Obrigkeiten auf Erfüllung ihrer obrigkeitlichen Verpflichtungen sind nach Maßgabe der Bestimmungen der Civilprozeßordnung geltend zu machen," ferner in § 21 der Verordnung zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 17. Mai 1879 und in § 86 der Verordnung zur Ausführung der Strafprozeßordnung vom 28. Mai 1879, daß die Zuwiderhandlungen der Obrigkeiten gegen ihre obrigkeitlichen Pflichten den Strafkammern zu überweisen seien.

Man war nämlich ausweise der Motive in erster Beziehung der Ansicht, daß durch die Streichung des oben erwähnten Vorbehalts in der Reichsjustizkommission nunmehr der fiskalische Prozeß auf Amtserfüllung nach den Regeln des Deutschen Civilprozesses zu verhandeln sei, was zu mehrerer Sicherheit noch ausdrücklich ausgesprochen wurde,**) während in Betreff der obengedachten Zuwiderhandlungen die ausdrückliche Verweisung zum Strafverfahren erfolgte. Also auch hier wird anerkannt, daß die landesgesetzliche Klage auf Erfüllung einer Amtspflicht seit Emanation der Deutschen Reichsprozeßgesetze nach diesen zu verhandeln ist, und wird das Gleiche auch für die Klage gegen den rheinischen Personenstandsbeamten gelten.

Ein Bedenken gegen vorstehende Ausführungen läßt sich daraus, daß die Klage gegen den die Vornahme einer Amtshandlung weigernden Hypothekenbewahrer bisher in einem besonderen abgekürzten, wesentlich schriftlichen Verfahren erledigt wurde, nicht herleiten. Die Anwendung dieses Verfahrens sur mémoire bei den Klagen gegen die Hypothekenbewahrer war bereits durch

---

*) Hahn's Materialien S. 504 und 1192.

**) Vergl. J. v. Amsberg, Verordnungen zur Ausführung der Reichsjustizgesetze für die Großherzogthümer Mecklenburg S. 897.

die ministerielle Entscheidung vom 2. Dezember 1807 (Sirey 8. 2. 3) auf Grund analoger Anwendung desfallsiger für die Einsprüche gegen Eintreibung von Domanial-Einkünften und indirekten Steuern bestehenden gesetzlichen Vorschriften angeordnet und diese Anordnung später für die Rheinprovinz durch Justiz-Ministerial-Verfügung vom 12. Dezember 1834 (Rhein. Samml. Bd. 4 S. 194) wiederholt worden. Allein die französische, wie die rheinische Rechtsprechung (Sir. 13. 2. 18 und 28. 2. 12, Rh. Arch. 23. 1. 54) erklärte eine analoge Anwendung derartiger Ausnahmebestimmungen für unstatthaft und die Hypothekenbewahrer, gegen welche wegen Verweigerung einer Amtshandlung geklagt wird, gehalten, sich auf die Klage im gewöhnlichen Verfahren einzulassen. Darauf sind dann durch Allerhöchste Kabinetsordre vom 19. August 1837 (Rhein. Samml. Bd. 6 S. 287 u. 288) die in Rede stehenden gesetzlichen Vorschriften ausdrücklich auf die Klagen gegen die Hypothekenbewahrer ausgedehnt worden. Nach diesen Vorgängen ist es unzweifelhaft, daß für die Klagen gegen die Civilstandsbeamten das gewöhnliche Prozeßverfahren galt, und daß die entgegengesetzte Annahme am Schlusse der ministeriellen Entscheidung vom 2. Dezember 1807 irrig ist.

Abgesehen hiervon war aber auch das für die Klagen gegen die Hypothekenbewahrer vorgeschriebene Verfahren sur mémoire keineswegs ein außerprozessualisches, der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehöriges, sondern ein prozessualisches. Der Prozeß war nur ein abgekürzter und vereinfachter.

II.

Der § 66 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 lautet:

„Für das Berichtigungsverfahren gelten, insoweit die Landesgesetze nicht ein Anderes bestimmen, die nachstehenden Vorschriften.

Die Aufsichtsbehörde hat, wenn ein Antrag auf Berichtigung gestellt wird, oder wenn sie eine solche von Amtswegen für erforderlich erachtet, die Betheiligten zu hören, geeigneten Falles eine Aufforderung durch ein öffentliches Blatt zu erlassen u. s. w." (folgt das weitere Verfahren, in welchem die für Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit geltenden Vorschriften Anwendung finden).

Das französische Recht kannte ein besonderes Verfahren, wie der Absatz 1 des § 66 l. c. es vorsieht, und Hinschius*) bemerkt in Folge dessen zu vorstehendem Paragraphen: „Landesgesetze. Dadurch ist aufrecht erhalten Code civil Art. 99: Wird auf

*) Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes, II. Aufl. S. 185 Anmerkung 23.

Berichtigung einer Civilstandsurkunde angetragen, so hat das zuständige Gericht auf den Antrag des Königl. Oberprokurators und unter Vorbehalt der Berufung hierüber zu erkennen. Insofern es die Umstände erfordern, sollen die betheiligten Personen hierzu vorgeladen werden."

Nun erhebt sich zunächst die Frage: ist die Bestimmung in § 66 l. c. wörtlich dahin auszulegen, daß die sämmtlichen in Absatz 2 desselben aufgeführten Kriterien, also auch die Entscheidung darüber, wer zur Bewirkung des Berichtigungsverfahrens **berechtigt** zu erachten, nach den Landesgesetzen zu beurtheilen sein sollen, beziehentlich von den letzteren bestimmt werden dürften? oder aber: ist die Bestimmung richtiger dahin zu verstehen, daß den Landesgesetzen nur die Anordnung des **Verfahrens** bei den Rektifikationen überlassen werden solle? Bei näherer Erwägung wird man der letzteren Ansicht den Vorzug geben müssen.

Zunächst ist es kaum denkbar, daß man die erstere Alternative habe zum Gesetze erheben wollen.

Unwesentliche Punkte, wie die, ob die Justiz oder die Verwaltung die Aufsicht über den Standesbeamten zu führen habe, ob die Vorschriften des Verfahrens bei Weigerung von Amtshandlung und Rektifikationen der freiwilligen oder streitigen Gerichtsbarkeit zu entnehmen seien u. s. w., mochte man glauben, füglich den Landesgesetzen überlassen zu dürfen, umsomehr, als eine gleichmäßige Regelung derselben sehr schwierig und tief in das bisherige Partikularrecht einschneidend gewesen sein würde; dagegen möchte ein Gleiches gewiß nicht von der Frage zu sagen sein, wer der zur Erhebung des Berichtigungsverfahrens Berechtigte sei. Hätte man auch deren Beantwortung den Landesgesetzen überlassen, so wäre damit zunächst ohne jede Nothwendigkeit eine umfassende materielle Verschiedenheit in der Gesetzesanwendung für die verschiedenen Reichsländer (ja Provinzen) etablirt, man hätte ganz unnütz das bedauerliche Resultat heraufbeschworen, daß in einem Theile die subsidiäre verständige Anschauung des Reichsgesetzes herrschte, wonach die Aufsichtsbehörde, welche über die Richtigkeit der Beurkundungen des Personenstandes zu wachen hat, auch wesentliche Unrichtigkeiten und Irrthümer dieser unter **öffentlicher Kontrole geschaffenen und konservirten Urkunden** richtig zu stellen habe, dahingegen in einem anderen Theile, wie z. B. im französischen Rechtsgebiete,*) die Aufsichtsbehörde als

*) Dort ist bis jetzt nämlich noch kontrovers, inwieweit dem öffentlichen Ministerium als solchem (als Aufsichtsbehörde steht ihm kein Berichtigungsrecht zu) erlaubt ist, Anträge auf Rektifikationen selbstständig zu erheben. Bis zum Jahre 1862 bestritt ihm der Kassationshof diese Befugniß überall. Später hat die Judikatur gewechselt, aber



solche überhaupt nicht und als Fiskalbehörde, als öffentliches Ministerium, nur in sehr vereinzelten, noch dazu zweifelhaften Fällen Berichtigungsanträge stellen dürfte, und daß in Folge dessen die wesentlichsten Irrthümer und unrichtigsten Beurkundungen in den Bezirken, in welchen der Code civil gilt, einfach irreparabel bestehen bleiben müßten, wenn nicht ein Civilbetheiligter sich zur Rektifikation veranlaßt sehen möchte. Es wäre ferner auch gänzlich unbegreiflich, wie die Gesetzgebungsfaktoren, welchen die ungenügende und kontroverse Gestaltung des vorzüglich in Frage kommenden französischen Rechts ja zweifellos sehr gut bekannt war, dazu gelangt sein könnten, jene zu konserviren, statt, wie es leicht war, mit einem Federstrich zu reformiren; es würde endlich nicht erfindlich sein, wie man der Landesgesetzgebung das Recht hätte geben können, nach Belieben das Rektifikationsverfahren durch Einschränkung der Legitimationen bis zur Unmöglichkeit zu hindern, da ja nach der bekämpften Ansicht die Legislation und zwar auch die kommende jedes Einzelstaates in diesem Punkte souverain blieb.

Wird schon durch diese Erwägung die Annahme der ersten Alternative bedenklich, so dürften sie folgende Gründe unhaltbar erscheinen lassen.

Die §§ 66 und 11 Abs. 3 verfolgen den gleichen Zweck, festzustellen, in welcher Prozedurform eine Amtshandlung des Standesbeamten erzwungen, beziehentlich berichtigt werden könne. In der letztgedachten Bestimmung heißt es nun wörtlich:

„Lehnt der Standesbeamte die Vornahme einer Amtshandlung ab, so kann er dazu auf Antrag der Betheiligten durch das Gericht angewiesen werden. Zuständig ist das Gericht erster Instanz, in dessen Bezirk der Standesbeamte seinen Amtssitz hat. Das Verfahren und die Beschwerdeführung regelt sich, insoweit die Landesgesetze nicht ein Anderes bestimmen, nach den Vorschriften, welche in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit gelten."

Dieser Fall liegt in schlagender Gleichartigkeit, wie schon

---

zweifelhaft ist immer noch geblieben, unter welchen Voraussetzungen die Staatsanwaltschaft zur Antragstellung befugt ist. Das Staatsraths-Gutachten vom 8/12 brumaire XI redet „von dem den Regierungskommissarien (Staatsanwälten) unzweifelhaft zustehenden Rechte, insoweit in solchen Sachen von Amtswegen aufzutreten, als die öffentliche Ordnung dabei betheiligt ist;" das Staatsraths-Gutachten vom 22. brumaire XIV erklärt, „daß die Kaiserlichen Prokuratoren von Amtswegen einschreiten sollten, um die Berichtigung von Civilstandsurkunden in allen den Fällen zu beantragen, welche das allgemeine Wohl angehen." Ueber die weitere Entwickelung der Kontroverse vergl. Zachariä's Handbuch VII. Aufl. Bd. I S. 195.

bei der Berathung anerkannt wurde, mit demjenigen, welchen § 66 l. c. vorsieht. Nun ist aber in § 11 cit. ausdrücklich bestimmt, daß die Frage: „wer ist zur Beantragung des Verfahrens berechtigt?" „wer ist ein Betheiligter?" nach dem Reichsgesetze zu bestimmen, daß dagegen die Landesgesetze nur die Anordnung über das Verfahren treffen dürfen, beziehentlich bei bereits existirenden gerichtlichen Prozedurformen dieselben in Kraft verbleiben sollen. Was aber von dem „Betheiligten" im § 11 gilt, das muß vernünftiger Weise bei der vollständigen paritas rationum auch von den Betheiligten, welche nach § 66 l. c. Beschwerde führen dürfen, und dann überhaupt von der Legitimation der zur Antragstellung Berechtigten gelten. Es muß also, wie in § 11 die materiell rechtliche Frage: wer hat die actio? von der Frage: in welcher Prozedurform ist dieselbe zu erledigen? streng geschieden und die erstere nach Reichsrecht, die andere nach Landesrecht beantwortet werden soll, ebenso auch in § 66 dieselbe Differenzirung nach denselben Grundsätzen erfolgen.

Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht noch ein zweiter Grund.

Nach § 71 l. c. ist der Kaiserlichen Verordnung nähere Bestimmung über die Verrichtung der Standesbeamten in Bezug auf solche Militärpersonen vorbehalten, welche ihr Standquartier in Folge einer Mobilmachung verlassen haben. Dieses Gesetz ist unter dem 20. Januar 1879 ergangen und bestimmt in § 15 wörtlich Folgendes:

„Ist eine erstattete Anzeige zu berichtigen, weil als unbekannt eingetragene Verhältnisse später bekannt geworden sind, oder weil nach späterer dienstlicher Ermittelung die frühere Anzeige als dem Sachverhältniß nicht entsprechend sich darstellt, so ist dem zuständigen Standesbeamten nachträglich Anzeige zu erstatten. Diese Anzeige ist von dem Standesbeamten der Aufsichtsbehörde behufs Veranlassung der Berichtigung der geschehenen Eintragung einzureichen."

Hier wird also im letzten Passus ausdrücklich anerkannt, daß die Aufsichtsbehörde überall — eine Ausnahme wird nicht zugelassen — zur Einleitung des Berichtigungsverfahrens zuständig sei, indem dem Standesbeamten nur auferlegt wird, derselben behufs Veranlassung der Berichtigung den Irrthum anzuzeigen. Daß darauf nicht erwidert werden kann, diese Anweisung sei für das französische Recht dahin zu verstehen, daß die Aufsichtsbehörde nunmehr entweder durch das Amt des öffentlichen Ministeriums oder durch Aufforderung der „Betheiligten" die Rektifikation betreiben solle, liegt wohl zweifellos; es kann aber auch nicht angenommen werden, daß die Verordnung verschiedenes Recht habe schaffen wollen, je nachdem die Geburt, Heirath u. s. w. vor dem Ver-

lassen der Garnison oder nach demselben erfolgt sei. Für eine solche Annahme mangelt jeglicher Grund. Es ist deshalb nur die Auslegung annehmbar, daß man dafür erachtet hat, das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 habe der Aufsichtsbehörde die Berechtigung zur Stellung des Rektifikationsantrages gegeben.

In dem hier vertheidigten Sinne haben auch diejenigen Regierungen, welche nach Emanation des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 das Verfahren der in §§ 11, 66 gedachten Streitfragen ordneten, jene Bestimmungen, wie mir scheint, verstanden. So bestimmt z. B. das Hessische Gesetz, betreffend das Verfahren in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, vom 5. Juni 1879 im Art. 11 das Verfahren bei Rektifikationen ganz, wie § 66 des Reichsgesetzes (Hören der Betheiligten, öffentliche Bekanntmachung, eventuell Verweisung auf den Rechtsweg), und fügt darauf betreffs der Legitimation zur Beantragung desselben in einem besonderen Art. 12 wörtlich hinzu: „In Fällen, in welchen ein öffentliches Interesse an der Berichtigung besteht, kann die Aufsichtsbehörde das Berichtigungsverfahren von Amtswegen einleiten." Dazu sagt dann die Regierungsbegründung: „Der Art. 11 reproduzirt im Wesentlichen das **Verfahren** des § 66 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875." Der Art. 12, der demnächst speziell die Legitimation ordnet, ist nicht weiter begründet; derselbe wiederholt die Bestimmung des § 66 Abs. 2 des Reichsgesetzes. Hieraus dürfte zu folgern sein, daß der Gesetzgeber die Legitimationsfrage außerhalb des § 66 Abs. 1 des Reichsgesetzes liegend erachtete.

In der Litteratur finde ich für meine Ansicht zunächst eine (da dieselbe von einem Commentator aus dem Gebiete des französischen Rechts kommt, desto gewichtigere) Unterstützung durch den Appellationsgerichts-Rath Fitting in Zweibrücken. Derselbe sagt*) über die hier streitige Frage wörtlich Folgendes: „Schon nach bisherigem rheinischen Recht hatte die Staatsanwaltschaft als solche auf Grund des ihr durch Art. 40 des Gesetzes vom 20. April 1870 eingeräumten allgemeinen Rechts die Befugniß, in Fällen, welche in die öffentliche Ordnung eingreifen, z. B. in Militärkonscriptionssachen u. s. w., selbständigen Berichtigungsantrag zu stellen. An diesem Recht ist an und für sich wohl nichts geändert. Wo sie aber, wie in der Pfalz, Aufsichtsbehörde über das Civilstandswesen bleibt, wird sie künftig als Aufsichtsorgan gemäß § 66 überall da, wo sie es mit Rücksicht auf das allgemeine öffentliche Interesse an einer richtigen gesetzmäßigen Personenstandsbeurkundung für unerläßlich hält, von Amts-

*) Fitting, das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes II. Aufl. S. 230.

wegen die Berichtigung einer Standesurkunde provoziren können." Ferner tritt auch Cretschmar*) für die diesseitige Ansicht ein.

Das partikularrechtliche Verfahren, welches hier allein zur Frage steht, war nun im Gebiete des französischen Rechts Folgendes: Veranlaßt wurde dasselbe (entweder von dem öffentlichen Ministerium oder von der Partei) durch einfache Requete, auf welche der Präsident einen Termin bestimmte, und über welche sodann, wenn ein Betheiligter Provokant war, die Staatsanwaltschaft gehört wurde und regelmäßig Ladung nur dieser Parteien zur Audienz**) erfolgte. In letzterer erstattete der ernannte Referent Bericht über die Bittschrift, das öffentliche Ministerium wurde gehört ohne vorgängigen Vortrag des etwaigen provokantischen Anwalts, dessen Thätigkeit durch die Eingabe der Requete abgeschlossen war, und wenn es zur Aufklärung der Sache erforderlich erschien, eine Adcitation der sonstigen Interessenten (Familienangehörigen) beschlossen. Widersetzten sich letztere dem Antrage der Bittschrift, so ging das Verfahren in die Formen des ordentlichen Prozesses über; geschah letzteres nicht, so erfolgte der Abschluß durch ein sogenanntes jugement sur requête, welches sofort vollstreckbar und nur durch Berufung, die innerhalb dreier Monate vom Datum des Urtheiles bei dem Präsidenten durch Requete anzumelden war, angefochten werden konnte. Dieses Verfahren galt im französischen Recht nicht als ordentlicher Civilprozeß; man betrachtete es als ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Carré-Chauveau (zum Art. 72 Code de procéd.) erklärt alle Entscheidungen, welche auf einfache Bittschrift, auch von dem Richterkollegium, einseitig erlassen werden, für Akte der graciösen Jurisdiktion, und in Betreff des Rektifikationsverfahrens scheint Schlink***) nicht anderer Ansicht zu sein, wenn er diesbezüglich wörtlich sagt: „Die Art. 99—101 Code civil beziehen sich jedoch nur auf Rektifikationen der Register, d. h. auf Auslassungen und Irthümer, wie sich dies aus den Art. 855 ff. der Civilprozeßordnung, welche dafür ein eigenes Verfahren festsetzen, ergibt, und dürften daher auf ein kontradiktorisch über eine Civilstandsfrage im ordentlichen Prozesse ergangenes Urtheil nicht anwendbar sein."

Darnach setzt dieser Autor das jugement, welches auf die requête, z. B. des Oberprokurators, einseitig erlassen wurde, in seinen Wirkungen betreffs der Rechtskraft keineswegs dem regulären kontradiktorischen Endurtheile gleich.

---

*) Cretschmar, Rheinisches Civilrecht S. 579 Anmerk. zu Art. 855 Code de procédure.

**) Nach Carré-Chauveau Quest. 2893 ter wird in der Rathskammer entschieden.

***) Schlink, Commentar über die französische Civilprozeßordnung II. Aufl. Bd. II. S. 687.

Dieselbe Ansicht herrscht auch wohl in der rheinischen Praxis; auch hier sieht man in der gedachten, nach Form und Inhalt eigenartig gestalteten, von dem regulären Prozeßverfahren wesentlich abweichenden Prozedur nicht einen Civilprozeß und wendet auf den Endbescheid, auf das jugement sur requête, insbesondere nicht die Vorschriften von der Rechtskraft der Erkenntnisse an, sondern betrachtet denselben als eine Entscheidung der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

So hat z. B. das Landgericht Köln kein Bedenken getragen, in wiederholten Fällen ein versehentlich falsch abgefaßtes Rektifikationsurtheil auf's Neue zu berichtigen und mit der objektiven Wahrheit in Einklang zu bringen, obgleich dasselbe längst ausgefertigt und von dem Standesbeamten dessen Beischreibung bereits bewirkt war.

Auch die neuere Gesetzgebung in den Territorien des rheinisch-französischen Rechts huldigt der gleichen Auffassung.

So hat beispielsweise die Großherzoglich Hessische Regierung, als sie, von der Erlaubniß des § 66 des Personenstandsgesetzes Gebrauch machend, das Berichtigungsverfahren regelte, in dem diesbezüglich erlassenen Gesetze (die Ausführung des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 betreffend) vom 3. Dezember 1875 für ihre französisch-rechtliche Besitzung ein Procedere angeordnet, welches sich zweifellos, unter möglichster Aufrechthaltung des Verfahrens des Code de procédure, nur in den Formen der juridiction gracieuse bewegt.

Darnach liegt untergebens die Sache so, daß das im Bezirke des Appellationsgerichtshofes zu Köln bei Emanation des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 in Geltung befindlich gewesene Verfahren, betreffend die Rektifikation der Civilstandsurkunden, weder formell, noch materiell einen bürgerlichen Rechtsstreit darstellte, sondern zu der juridiction gracieuse zu rechnen war.

Zu Folge dessen hat an demselben die Deutsche Civilprozeßordnung nichts geändert, da diese die landesgesetzliche freiwillige Gerichtsbarkeit gänzlich unberührt läßt. Es wird also das Verfahren durch Requete nach wie vor gemäß den Spezialbestimmungen des Code civil bezw. des Code de procédure zu betreiben und nur das eine zu beachten sein, daß die Frage, wer zur Einreichung der Berichtigungsbittschrift berechtigt ist, sich gemäß dem Reichsgesetze dahin beantwortet: einmal jeder Betheiligte im Sinne dieses Gesetzes, dann die Staatsanwaltschaft als Aufsichtsbehörde, insoweit sie nach ihrem pflichtmäßigen Ermessen einen Anlaß zur Immiscirung findet. Wird indeß in dem Berichtigungsverfahren ein Widerspruch adcitirter Betheiligter erhoben, dann entsteht ein Prozeß, der nach den Regeln der Deutschen Civilprozeßordnung einzuleiten und zu verhandeln ist. **Hücking.**

Dr. Heinrich Heimsoeth.

Am 3. Februar 1887 starb zu Köln der Wirkliche Geheimrath Dr. Heinrich Heimsoeth, der langjährige Chef-Präsident des Rheinischen Appellationsgerichtshofes und des an dessen Stelle getretenen Oberlandesgerichts. In ihm hat die Wissenschaft einen hervorragenden Rechtsgelehrten, die Rechtsprechung einen durch Schärfe des Urtheils wie offenen Blick für die praktische Gestaltung des Rechtsverkehrs gleich ausgezeichneten Richter, das Vaterland einen der um die Entwickelung eines gemeinsamen Deutschen Rechts bestverdienten Männer, der Staat einen Beamten von seltener Tüchtigkeit und beispielloser Pflichttreue, die Provinz den bewährtesten Kenner und eifrigsten Förderer ihrer besonderen Rechtsinstitutionen und die rheinische Justiz ihren ebenso unparteiisch gerechten, wie von Herzen wohlwollenden Leiter verloren, den den Unseren nennen zu dürfen wir Alle stolz waren.

Johann Heinrich Heimsoeth wurde am 24. Februar 1811 zu Köln geboren, wo sein Vater als Sekretär bei dem kaufmännischen Handelsgerichte wegen seiner bewährten Kenntnisse und seiner großen Geschäftsgewandtheit ein bedeutendes, über seine Stellung hinausreichendes Ansehen genoß und neben seinem Amte vielfach mit Rechtsgutachten, wie mit der Verwaltung und Auseinandersetzung von Vermögensmassen betraut war. Schon als Knabe öfters auf dem Büreau des Vaters beschäftigt, trat er im Jahre 1827, nachdem er an dem Friedrich-Wilhelms-Gymnasium die Abiturientenprüfung abgelegt hatte, mit einem geweckten Verständniß für das praktische Rechtsleben, wie es sonst den Studirenden meist fehlt, in das Studium der Jurisprudenz. Er widmete sich demselben auf den Universitäten zu Bonn, Heidelberg und Berlin mit ganz außerordentlichem Eifer. Sein Streben war nicht auf eine bloße Aneignung

der für die praktische Laufbahn des Juristen unentbehrlichen Rechtskenntnisse, sondern darauf gerichtet, durch selbständige Forschung in den Rechtsstoff wissenschaftlich einzudringen. Erst zwanzig Jahre alt, errang er bei der Universität zu Bonn die Würde eines Doktors beider Rechte durch die Dissertation „De usufructu accrescendo", nachdem er schon vorher für die Lösung der Preisaufgabe „De delictorum publicorum et privatorum iure Romano discrimine" prämiirt worden war. Sein Wunsch, bei gedachter Universität als Privatdocent habilitirt zu werden, scheint von der juristischen Fakultät um deswillen abgelehnt worden zu sein, weil dieselbe die Zahl der Lehrkräfte auf den durchaus nothwendigen Bestand beschränken zu müssen glaubte. In Folge dessen trat Heimsoeth in den praktischen Vorbereitungsdienst und bestand nach dessen Vollendung im Jahre 1836 die Staatsprüfung mit so glänzendem Erfolge, daß der Justizminister von Kamptz gleich damals auf den jungen ausgezeichneten Juristen aufmerksam wurde und ihn zur Beschäftigung neben dem Landgericht in Köln zugleich dem Appellationsgerichtshofe daselbst überwies.

Im Jahre 1840 schloß er zu Köln den Bund der Ehe mit einer Tochter aus einer angesehenen altkölnischen Familie, Louise Heimann. Das beiderseits aus wahrer Herzensneigung geknüpfte Band hat sich für das ganze Leben bewährt. Die verständige, ebenso energische, wie herzensgute Hausfrau verstand es, den Kindern den durch seine gelehrten Studien und seine umfangreichen Amtsgeschäfte vielfach abgezogenen Vater zu ersetzen und den Familienkreis, dem fünf Söhne und eine Tochter angehörten, zu einem äußerst glücklichen zu machen.

1841 als Staatsprokurator nach Trier versetzt, wurde Heimsoeth bereits im Jahre 1847 als Generaladvokat an den Rheinischen Appellationsgerichtshof berufen. In dieser Stellung gewann er durch seine tief durchdachten und gründlich ausgearbeiteten Conklusionen sehr bald einen großen Einfluß auf die Rechtsprechung des Hofes und den allgemeinen Ruf eines der ersten Kenner des rheinischen Rechts.

Im Januar 1853 erfolgte seine Berufung in das Justizministerium als Geheimer Justizrath und vortragender Rath für die rheinischen Justizangelegenheiten. Neben den Personalien und sonstigen Justizverwaltungssachen der Rheinprovinz, wie der Mitwirkung als Examinator in dem rheinischen Staats-

examen, waren ihm namentlich auch gesetzgeberische Arbeiten für das Gebiet des rheinischen Rechts übertragen. Durch das von ihm im Justizministerium ausgearbeitete Theilungsgesetz vom 18. April 1855 ist für die Theilungen von Nachlaßschaften, an welchen Minderjährige betheiligt sind, das schwerfällige und kostspielige Verfahren des französischen Rechts zum Segen der Provinz durch einfachere Formen ersetzt und damit der erste — vorsichtige — Schritt zu der freien Gestaltung gethan worden, welche diesem Verfahren später die Vormundschaftsordnung gegeben hat.

Im Mai 1856 wurde Heimsoeth auf seinen Wunsch als Senatspräsident an den Rheinischen Appellationsgerichtshof zurückversetzt.

In diese Zeit fällt seine Mitwirkung an dem großen Werke eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs. Wenn auch inzwischen in Folge der glorreich wiedererstandenen Deutschen Reichseinheit die gemeinsame Rechtsentwickelung weitere ungeahnte Fortschritte gemacht hat, so bewahrt doch nach den Worten Goldschmidt's „die gemeinsame Deutsche Handelsgesetzgebung als erste große That nationaler Rechtseinigung seit der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karl V als Ausgangspunkt und Kern der neuen privatrechtlichen Gesetzgebung und Rechtshandhabung des Reiches und als vollkommenster Spiegel der den Vermögensverkehr der Gegenwart beherrschenden Rechtsideen für alle Zeiten unverminderte Bedeutung."

Der erste Anfang zur Ausarbeitung eines Handelsgesetzbuchs für ganz Deutschland wurde 1848 von dem Reichsministerium der Justiz in Frankfurt gemacht. Die Arbeit der in Frankfurt zusammengetretenen Commission, welcher unter dem Vorsitz des Unterstaatssekretärs Widenmann die Appellationsgerichtsräthe Grimm und Broicher aus Köln und der Professor Thöl aus Rostock angehörten, blieb mit dem Scheitern der Reichsverfassung unvollendet liegen.

Die Preußische Regierung nahm die Sache wieder auf und befaßte im Jahre 1850 mehrere Juristen und darunter Heimsoeth mit Ausarbeitung eines Entwurfs. Die eine Zeit lang in's Stocken gerathenen Arbeiten erhielten 1854 in Folge einer Anregung der Zollvereinsconferenz neuen Fortgang und wurden Ende 1856 in einer nach Berlin berufenen Conferenz von Kaufleuten und Juristen abgeschlossen.

Der aus diesen Vorarbeiten, an welchen neben dem Geheimen Oberjustizrath Dr. Bischoff ganz besonders auch Heimsoeth mit gearbeitet hatte, hervorgegangene Entwurf wurde von der Preußischen Regierung der Conferenz von Bevollmächtigten aller Bundesstaaten, welche am 3. Januar 1857 in Nürnberg zusammentrat, vorgelegt und den Berathungen derselben zu Grunde gelegt.

Bei diesen Berathungen fungirte zunächst in der ersten Lesung als Preußischer Bevollmächtigter und als ständiger Berichterstatter der Geheime Oberjustizrath Bischoff. Als dieser in Nürnberg starb, trat von der zweiten Lesung an Heimsoeth an dessen Stelle.

Es bedarf nur des Hinweises auf die damalige Organisation der Deutschen Bundesverhältnisse, wonach die Zustimmung jedes einzelnen Bundesstaates zu dem Gesetze erforderlich war, auf die Zahl dieser betheiligten Staaten und auf die Verschiedenheit der Rechtssysteme, in welchen das gemeinsame Gesetz Platz finden sollte, um sich klar zu werden, mit welchen Schwierigkeiten die Förderer des großen Werkes zu kämpfen hatten.

Heimsoeth, welcher in seltenem Maße volle wissenschaftliche Beherrschung des Rechts mit einer eingehenden Kenntniß des praktischen Rechtslebens verband und aus der rheinischen Heimath mit ihrem hochentwickelten Handelsverkehr ein besonderes Verständniß für die Bedürfnisse des Handels mitbrachte, ist es anerkannter Maßen vor Allem zu danken, daß das von der Nation lebhaft ersehnte Gesetzbuch zu Stande gebracht und damit nicht nur dem Deutschen Handel die unentbehrliche Grundlage für seine Fortentwickelung gewährt, sondern zugleich auch der erste Keim zu einem künftigen einheitlichen Deutschen Recht gelegt wurde.

Noch im letzten Augenblicke, als nach sehr langwierigen Verhandlungen die Fassung der vier ersten Bücher in der zweiten Lesung durch Mehrheitsbeschlüsse der Bevollmächtigten festgestellt war, drohte das Werk zu scheitern, indem gegen die 394 Artikel von den einzelnen Bundesregierungen nicht weniger, als 500 Einwendungen eingelaufen waren, von welchen viele Erledigtes wiederholten, andere den Boden des festgestellten Entwurfs verließen.

In dieser Lage machte Heimsoeth in einer Herbst 1860 dem Preußischen Justizministerium eingereichten Denkschrift den

Vorschlag, im Wege einer diplomatischen Separat-Verhandlung zwischen Preußen, Oesterreich und Baiern festzustellen, über welche Einwendungen Debatten und Abstimmung abzulehnen seien. Der Justizminister, wie der Handelsminister stimmten diesem Vorschlage zu, und wurde auf ihren Antrag Heimsoeth von dem Minister der auswärtigen Angelegenheiten mit dieser diplomatischen Sendung betraut. Heimsoeth reiste im September 1860 zuerst nach Wien, dann nach München, und kam zwischen den drei Regierungen eine Einigung über die nur noch zur Debatte zu stellenden Punkte zu Stande, auf Grund deren dann die weiteren Verhandlungen der Nürnberger Conferenz geführt und zum glücklichen Abschluß gebracht worden sind.

Nach dem Zustandekommen des Gesetzgebungswerkes kehrte Heimsoeth, von den Fürsten aller größeren Bundesstaaten durch Verleihung von Orden ausgezeichnet, in seine Stellung als Senatspräsident bei dem Rheinischen Appellationsgerichtshofe zurück, und war nunmehr seine Thätigkeit der rheinischen Rechtsprechung gewidmet.

Dieselben hervorragenden Eigenschaften seiner juristischen Bildung und Begabung, welche seine Mitwirkung an den gesetzgeberischen Arbeiten so erfolgreich gemacht hatten, bewährten sich auch in der richterlichen Thätigkeit. Seinen eigenen Leistungen, wie dem Einflusse und der Anregung, die seine geistige Energie auf die übrigen Mitglieder des Collegiums ausübte, ist es zu einem großen Theile zuzuschreiben, wenn der Rheinische Appellhof durch seine Entscheidungen, welche volles Verständniß für die Rechtsbedürfnisse des Verkehrslebens mit tüchtiger wissenschaftlicher Begründung verbanden und gegenüber dem formellen Buchstaben des Gesetzes der individuellen Lage des Falles und den Forderungen des allgemeinen Rechtsbewußtseins Rechnung trugen, nicht nur in der Provinz, sondern weithin stets das größte Ansehn behauptet hat.

Am 12. März 1870 wurde Heimsoeth zum Ersten Präsidenten des Rheinischen Appellationsgerichtshofes ernannt und damit an die Spitze der rheinischen Justiz gestellt. Gemäß der rheinisch-französischen Organisation, welche die Gerichte und Gerichtspräsidenten von den Justizverwaltungsgeschäften frei hielt und für die Erledigung dieser Geschäfte neben dem Präsidenten des Appellationsgerichtshofes und des Landgerichts, wozu man hervorragende Juristen wählte, einen tüchtigen und energischen

Verwaltungsbeamten als Generalprokurator beziehungsweise Oberprokurator stellte, blieb Heimsoeth auch als Erster Präsident der Rechtsprechung erhalten.

Es war ein schwer zu ersetzender Verlust für die Rechtsprechung des rheinischen Rechts, daß Heimsoeth bei der Reorganisation im Herbste 1879 in seiner nunmehrigen Stellung als Oberlandesgerichtspräsident der richterlichen Thätigkeit vollständig entzogen und ausschließlich in den Geschäften der Justizverwaltung thätig wurde.

Andererseits hat aber diese letzte Amtsthätigkeit Heimsoeth's erst recht die Tüchtigkeit und Lauterkeit seines Charakters, wie seine beispiellose Pflichttreue vor aller Augen gestellt. Hat Heimsoeth während seines ganzen Lebens sich unermüdlich in Erfüllung seiner Amtspflichten gezeigt, und ist er von jeher ganz in seinen Amtsgeschäften aufgegangen, so war das während der sieben Jahre, welche er dieses einfluß- und verantwortungsvolle, für die ganze Provinz hochbedeutsame Amt führte, in besonders hohem Maße der Fall. Die mit dem Amte eines Oberlandesgerichtspräsidenten verbundene ganz außerordentliche Menge theils höchst wichtiger, theils nebensächlicher Verwaltungsgeschäfte belastete ihn bei seiner peinlichen Gewissenhaftigkeit, welche nichts leicht nahm und auch das kleinste Amtsgeschäft mit der gleich eingehenden Sorgfalt, wie die wichtigsten Angelegenheiten behandelte, bei seiner aus der langjährigen Rechtsprechung in die Verwaltungsgeschäfte übernommenen kritischen Neigung und dem Wunsche, alles selbst zu machen, mit einer Arbeitslast, der nur seine außergewöhnliche Arbeitskraft und seine Fähigkeit, der Erfüllung der Amtspflichten die Verfolgung aller anderen Lebensinteressen hintanzusetzen, gewachsen war.

Seine Anhänglichkeit an die rheinischen Rechtsinstitutionen erklärt die befremdende Thatsache, daß der Mann, der im kräftigen Mannesalter mit energischer Hand, die mitunter von Anderen als zu gewaltthätig empfunden sein mag, für eine gemeinsame Deutsche Gesetzgebung und für den Grundsatz, daß diesem hohen Gute die besonderen Wünsche im Einzelnen zum Opfer gebracht werden müßten, gearbeitet und gekämpft hatte, am Abend seines Lebens, als die gemeinsame Gesetzgebung sich weitere Gebiete eroberte und ein einheitliches Prozeßverfahren für das ganze Deutsche Reich geschaffen wurde, diesem großen Gesetzgebungswerke, weil es von dem rheinischen Prozeßver-

fahren nur die grundlegenden Prinzipien angenommen hatte, im Uebrigen aber vielfach abwich, unsympathisch gegenüber stand. Allein, war es ihm auch schwer, sich mit dem neuen Prozeßverfahren zu befreunden, so hat er sich doch mit außerordentlichem Pflichteifer in dasselbe eingearbeitet und überall im Bezirke auf die genaue Durchführung desselben strenge gehalten.

Wie an sich selbst, machte er auch an Andere die höchsten Anforderungen, sowohl was treue Pflichterfüllung, als Tüchtigkeit der Leistungen betraf, war aber dabei im höchsten Grade gerecht und unparteiisch. Insbesondere kannte er auch bei Bearbeitung der Personalien keinerlei Begünstigung und Bevorzugung.

Wenn er den persönlich ihr Gesuch Vortragenden öfters wenig entgegenkommende Formen zeigte und es verschmähte, dieselben mit bequemem Versprechen und Hoffnungmachen abzuspeisen, so trug er das Wohlwollen, welches ihm nicht auf die Zunge wollte, desto wärmer im Herzen. Erachtete er ein Anliegen nach gewissenhafter Prüfung für sachlich gerechtfertigt, so fand es in ihm einen energischen Förderer und Vertreter.

Ende des Jahres 1886 nahm er seinen Abschied wegen eines Magenleidens, dem er dann bald darauf erliegen sollte.

Heimsoeth's Name ist mit der Geschichte der Entwickelung des gemeinsamen Deutschen Rechts für alle Zeiten verknüpft. Sein Bild wird in den rheinischen Gerichtssäälen stets als das eines der ausgezeichnetsten Richter und bewährtesten Kenner des rheinischen Rechts hochgehalten werden. Was er als Chef-Präsident für den Bezirk durch seine tüchtige und gewissenhafte Amtsführung geleistet hat, wird Allen unvergeßlich bleiben.

Uns aber, denen der Dahingeschiedene näher stand, ist das Gedächtniß an seine unparteiische Gerechtigkeit, an die gewinnende Biederkeit seines Charakters, wie an das aufrichtige Wohlwollen, das er Jedem durch die That bewies, für immer in's Herz geschrieben.

